Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2009 Vol. 2

1er cahier, 2009 Vol. 2

[2009] 2 S.C.R. 3-294

Renvoi [2009] 2 R.C.S. 3-294

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
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

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
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
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 DELORME
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2009.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

CONTENTS

A.C. *v.* Manitoba (Director of Child and Family Services) 181

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Medical treatment — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation arbitrary because it deprives children under 16 of opportunity to demonstrate capacity — Whether legislation infringes child's liberty and security interests in manner contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's freedom of religion — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Status of persons — Child protection — Care while under apprehension — Maturity — Court order authorizing

Continued on next page

SOMMAIRE

A.C. *c.* Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) 181

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Traitement médical — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation est-elle arbitraire du fait qu'elle prive les enfants de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer leur capacité? — La législation porte-t-elle atteinte au droit de l'enfant à la liberté et à la sécurité en violation des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte au droit de l'enfant à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur

Suite à la page suivante

treatment — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in "best interests" of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether young person under 16 entitled to demonstrate sufficiency of maturity in medical treatment decisions — Interpretation of "best interests" standard — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond *v.* Canada **94**

Taxation — Income tax — Trust for moneys deducted — Employer defaulting on line of credit and financial institution exercising right of compensation on employer's term deposit pursuant to agreement — Deemed trust in favour of Crown over property of employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source — Crown seeking to collect amount due by employer for unremitted source deductions from proceeds of term deposit — Whether compensation agreement between financial institution and employer created "security interest" within meaning of s. 224(1.3) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1.3) "security interest", 227(4.1).

R. *v.* Ellard **19**

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Prior consistent statements — Trial judge permitting Crown to re-examine its witness to show that she had made prior consistent statements — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge erred in allowing statements to be admitted in re-examination — If so, whether curative proviso applicable — Whether trial judge was required to give jury limiting instruction on use that could be made of statements — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. *v.* Godin **3**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Thirty-month delay between date accused charged and date set for trial — Straightforward criminal case — Whether accused's right to be tried within reasonable time violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. *v.* Griffin **42**

Criminal law — Trial — Charge to jury — Burden of proof — Circumstantial evidence — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in his instructions to jury on burden of proof and its application to circumstantial

Continued on next page

consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enfant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Droit des personnes — Protection de l'enfant — Soins des enfants appréhendés — Maturité — Ordonnance judiciaire autorisant le traitement — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans « l'intérêt » de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — Une personne de moins de 16 ans a-t-elle le droit de démontrer qu'elle a une maturité suffisante pour prendre des décisions en matière de traitement médical? — Interprétation du critère de « l'intérêt » de l'enfant — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond *c.* Canada **94**

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déductions assujetties à une fiducie — Défaut de l'employeur à l'égard d'une ouverture de crédit et exercice par l'institution financière d'un droit de compensation sur le dépôt à terme de l'employeur conformément à une convention — Fiducie réputée établie au bénéfice de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi — Recours de Sa Majesté pour recouvrer par prélèvement sur le dépôt à terme les retenues à la source non versées par l'employeur — Le droit de compensation dont ont convenu l'institution financière et l'employeur a-t-il fait naître une « garantie » au sens de l'art. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 224(1.3) « garantie », 227(4.1).

R. *c.* Ellard **19**

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Déclarations antérieures compatibles — Juge du procès permettant au ministère public de réinterroger son témoin pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles — Accusée déclarée coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant l'admission des déclarations en réinterrogatoire? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Le juge du procès était-il tenu de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

evidence — Whether trial judge erred by suggesting reasonable doubt is doubt for which a reason can be supplied.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — State of mind exception — Charge to jury — Deceased making statement to his girlfriend shortly before his death indicating that if harm came to him it would be at the hands of her "cousin's family", a reference to one of the accused — Whether deceased's statement admissible under "state of mind" exception to hearsay rule — If so, whether trial judge correctly instructed jury on limited use that could be made of statement.

SOMMAIRE (Fin)

donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. *c.* Godin **3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Délai de trente mois entre la date des accusations et la date fixée pour le procès — Affaire criminelle simple — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. *c.* Griffin **42**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Preuve circonstancielle — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en suggérant que le doute raisonnable est un doute qui peut être motivé?

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception relative à l'état d'esprit — Exposé au jury — Déclaration de la victime, peu avant sa mort, à sa petite amie indiquant que s'il lui arrivait quelque chose, ce serait « la famille de ton cousin », en faisant référence à un des accusés — La déclaration de la victime est-elle admissible en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit »? — Dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il donné au jury des directives correctes concernant l'utilisation restreinte que ce dernier pouvait faire de la déclaration?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 2, 2009

2e volume, 2009

Marcel Godin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GODIN

Neutral citation: 2009 SCC 26.

File No.: 32740.

2009: February 12; 2009: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Thirty-month delay between date accused charged and date set for trial — Straightforward criminal case — Whether accused's right to be tried within reasonable time violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

In May 2005, the accused was charged with sexual assault, unlawful confinement, and threatening to kill his ex-girlfriend. The Crown elected to proceed summarily. In mid-September, the trial dates were fixed for mid-February 2006. Four days before the trial, the Crown received the forensic report indicating that the DNA profile of the spermatozoa swab obtained from the complainant did not match the accused. In response to this new evidence, the Crown and defence agreed that the Crown would re-elect to proceed by indictment in order to give the defence the opportunity to explore the complainant's evidence and the forensic report at a preliminary inquiry. The earliest day available was September 2006. Defence counsel wrote to the court and the Crown proposing several earlier alternative dates on which he would be available. The Crown did not respond. The September preliminary inquiry was adjourned for want of sufficient court time. It was rescheduled to February 5, 2007 because defence counsel was unavailable at a December date proposed by the Crown. The trial was set for November 2007, 30 months after the charges were laid. In June 2007, the accused successfully brought an application for a stay of proceedings on the ground that his right to be tried within a reasonable time guaranteed by s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated. The

Marcel Godin *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GODIN

Référence neutre : 2009 CSC 26.

N° du greffe : 32740.

2009 : 12 février; 2009 : 4 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Délai de trente mois entre la date des accusations et la date fixée pour le procès — Affaire criminelle simple — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

En mai 2005, l'accusé a été inculpé d'agression sexuelle, de séquestration et de menaces de mort à l'endroit de son ex-petite amie. Le ministère public a choisi de procéder par voie de procédure sommaire. À la mi-septembre, le procès a été fixé à la mi-février 2006. Quatre jours avant le procès, le ministère public a reçu le rapport criminalistique indiquant que le profil génétique du sperme prélevé sur la plaignante ne correspondait pas à celui de l'accusé. Au vu de cette nouvelle preuve, le ministère public et la défense ont convenu que le ministère public ferait un nouveau choix pour procéder par voie de mise en accusation, afin de permettre à la défense de sonder le témoignage de la plaignante et le rapport criminalistique lors d'une enquête préliminaire. La première date disponible était en septembre 2006. L'avocat de la défense a écrit au tribunal et au ministère public pour proposer plusieurs dates plus rapprochées où il était disponible. Le ministère public ne lui a pas répondu. L'enquête préliminaire du mois de septembre a été ajournée parce que le tribunal ne disposait pas de suffisamment de temps. Elle a été reportée au 5 février 2007, parce que l'avocat de la défense n'était pas disponible un jour du mois de décembre proposé par le ministère public. Le procès a été fixé au mois de novembre 2007, 30 mois après le dépôt des accusations. En juin 2007, l'accusé a demandé et obtenu un arrêt des

majority of the Court of Appeal set aside the stay and remitted the matter to trial, holding that the trial judge had erred in his analysis of the conduct of the defence and of prejudice to the accused.

Held: The appeal should be allowed. The accused's s. 11(*b*) right was violated.

Although this was a straightforward case with few complexities and requiring very modest amounts of court time, the delays far exceeded the *Morin* guidelines. Virtually all of the delay, in particular the nine-month delay in obtaining and disclosing the forensic analysis and the delay resulting from the adjournment of the preliminary inquiry, was attributable to the Crown. These delays were unexplained, let alone justified. Furthermore, defence counsel tried unsuccessfully to move the case ahead faster; the Crown, however, failed to explain why his request for an earlier date for the preliminary inquiry was ignored and why more priority was not given to this case which, by then, was in obvious s. 11(*b*) difficulty. [2] [4-6] [13-14]

Defence counsel did not significantly contribute to the delays. Although the defence agreed to the Crown re-election, had the Crown obtained the forensic evidence within a reasonable amount of time, the re-election to proceed by indictment and the subsequent preliminary inquiry could have happened much sooner. The accused was entitled to timely disclosure, and he did not receive it. There is also no suggestion that defence counsel was unreasonable in rejecting the earliest date offered to reschedule the preliminary inquiry. While scheduling requires reasonable availability and reasonable cooperation, it does not require defence counsel to hold themselves in a state of perpetual availability for s. 11(*b*) purposes. [20] [23]

In the absence of specific evidence of prejudice to the accused's liberty and security interests or his interest in a fair trial, prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay the more likely that such an inference will be drawn. Here, the charges had been hanging over the accused's head for a long time and it was reasonable to infer, as the trial judge did, that the prolonged exposure to criminal proceedings resulting

procédures pour atteinte à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti à l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé l'arrêt des procédures et renvoyé l'affaire pour la tenue du procès, jugeant que l'analyse de la conduite de la défense et du préjudice subi par l'accusé effectuée par le juge de première instance était erronée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Il a été porté atteinte au droit que l'al. 11*b*) garantit à l'accusé.

Même s'il s'agissait d'une affaire simple, qui soulevait peu de questions complexes et ne nécessitait qu'une très courte instruction, les délais ont dépassé de beaucoup les lignes directrices établies dans *Morin*. Pratiquement tous les retards, en particulier les neuf mois écoulés avant l'obtention et la communication de l'analyse criminalistique et le retard découlant de l'ajournement de l'enquête préliminaire, sont attribuables au ministère public. Ces retards n'ont été ni expliqués ni encore moins justifiés. De plus, l'avocat de la défense a tenté en vain de faire progresser l'affaire plus rapidement; toutefois, le ministère public n'a pas expliqué pourquoi la demande d'avancer l'enquête préliminaire est restée sans réponse ni pourquoi un degré plus élevé de priorité n'a pas été accordé à cette affaire, qui posait déjà manifestement problème au regard de l'al. 11*b*). [2] [4-6] [13-14]

L'avocat de la défense n'a pas contribué de façon appréciable aux retards. Bien qu'il ait consenti au nouveau choix du ministère public, si celui-ci avait obtenu la preuve criminalistique dans un délai raisonnable, le nouveau choix de procéder par voie de mise en accusation et l'enquête préliminaire en résultant auraient pu avoir lieu beaucoup plus tôt. L'accusé avait droit à la communication de la preuve en temps opportun, mais l'a obtenue tardivement. Rien ne donne à penser non plus que l'avocat de l'accusé ait agi de façon déraisonnable en rejetant la date la plus rapprochée offerte pour le report de l'enquête préliminaire. L'établissement d'un calendrier pour le déroulement d'une instance requiert une disponibilité et une coopération raisonnables, mais il n'exige pas, pour l'application de l'al. 11*b*), que les avocats de la défense demeurent disponibles en tout temps. [20] [23]

En l'absence d'une preuve particulière d'atteinte aux droits de l'accusé à la liberté et à la sécurité de sa personne ou à son droit à un procès équitable, on peut déduire qu'il y a eu préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. L'accusé étant sous le coup d'accusations depuis longtemps, il était raisonnable d'inférer, comme l'a fait le juge de première

from the delay gave rise to some prejudice. The accused had also been on judicial interim release for more than two years and, although bail conditions were relaxed as the delay lengthened, this consideration was properly taken into account as one relevant aspect of the trial judge's assessment of whether the long delay was unreasonable. Lastly, there was evidence of a risk of prejudice to the accused's defence because of the delay and weight should be accorded to this risk. [31-32] [34-35]

Cases Cited

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(*b*).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson and Cronk JJ.A. and Glithero R.S.J. (*ad hoc*)), 2008 ONCA 466, 237 O.A.C. 324, 173 C.R.R. (2d) 209, [2008] O.J. No. 2316 (QL), 2008 CarswellOnt 3457, setting aside the stay of proceedings ordered by Gordon J., 2007 CarswellOnt 5364. Appeal allowed.

Mark C. Halfyard, for the appellant.

Alexander Alvaro, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal concerns the right to be tried within a reasonable time as guaranteed by s. 11(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge stayed the prosecution for unreasonable delay, but the majority of the Court of Appeal set aside that decision. The appeal comes to the Court as of right by virtue of the dissent in the Court of Appeal.

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the stay of proceedings entered

instance, que l'exposition prolongée à une poursuite criminelle en raison du retard lui avait causé un préjudice. L'accusé était aussi en liberté provisoire depuis plus de deux ans et, bien que ses conditions de mise en liberté sous caution aient été assouplies au fur et à mesure que le délai s'est prolongé, cette considération a été prise en compte à bon droit comme un élément pertinent de l'évaluation du caractère raisonnable du long délai par le juge de première instance. Enfin, des éléments de preuve démontraient que le délai risquait de nuire à la défense de l'accusé et il faut accorder de l'importance à ce risque. [31-32] [34-35]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*b*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Cronk et Glithero (*ad hoc*)), 2008 ONCA 466, 237 O.A.C. 324, 173 C.R.R. (2d) 209, [2008] O.J. No. 2316 (QL), 2008 CarswellOnt 3457, qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge Gordon, 2007 CarswellOnt 5364. Pourvoi accueilli.

Mark C. Halfyard, pour l'appelant.

Alexander Alvaro, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le pourvoi porte sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, garanti à l'al. 11*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a ordonné un arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable, mais cette décision a été annulée par la Cour d'appel, à la majorité. Le présent appel a été interjeté de plein droit compte tenu de la dissidence d'un juge de la Cour d'appel.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des

by the trial judge. This is a straightforward case and needed only modest amounts of court time, yet the delays far exceeded the guidelines set out by the Court in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771. Virtually all of this delay was attributable to the Crown, and no explanation was offered for it. There was some evidence of prejudice to the appellant and, when defence counsel tried to get earlier dates, his correspondence was ignored. In the result, what had started out as a summary conviction prosecution had not yet gone to trial more than two years later. In all of the circumstances, the trial judge in my respectful view was correct to conclude that this delay was unreasonable.

II. Overview of the Facts

[3] In May of 2005, the appellant was charged with sexual assault, unlawful confinement, and threatening to kill his ex-girlfriend. The Crown elected to proceed with these charges summarily. In mid-September, the trial dates were fixed for three days in mid-February of 2006, some nine months after the appellant was charged. That delay would not have been unreasonable had the case proceeded as scheduled. Unfortunately, it did not.

[4] Three critical elements contributed to the delays which beset this case: a long delay in obtaining, and therefore in disclosing, potentially important forensic evidence; failure to acknowledge or respond to defence counsel's effort to obtain earlier dates; and the need to adjourn the long-delayed preliminary inquiry because there was not sufficient court time for it to proceed on the date set. The result was that a one-day preliminary inquiry was not completed until 21 months after the charges had been laid.

[5] Before reviewing the facts in more detail, it will be helpful to place them in the context of the guidelines set out in *Morin*. Those guidelines refer to periods of 8 to 10 months for institutional delay in the provincial courts and of 6 to 8 months from

procédures ordonné par le juge de première instance. Il s'agit d'une affaire simple, qui ne nécessitait pas une très longue instruction, mais qui a traîné bien au-delà des délais acceptables selon la norme établie par notre Cour dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771. Ce retard est presque entièrement attribuable au ministère public et est demeuré inexpliqué. Des éléments de preuve démontrent que l'appelant a subi un préjudice et, lorsque l'avocat de la défense a tenté d'avancer la date de l'enquête préliminaire, sa lettre est restée sans réponse. En conséquence, la poursuite engagée au départ par voie sommaire n'avait pas encore été instruite deux ans plus tard. Soit dit en toute déférence, le juge de première instance a eu raison de conclure que ce délai était déraisonnable dans les circonstances.

II. Aperçu des faits

[3] En mai 2005, l'appelant a été accusé d'agression sexuelle, de séquestration et de menaces de mort à l'endroit de son ex-petite amie. Le ministère public a choisi de procéder par voie de procédure sommaire. À la mi-septembre, trois jours ont été retenus pour la tenue du procès à la mi-février 2006, environ neuf mois après l'inculpation de l'appelant. Ce délai n'aurait pas été déraisonnable si l'affaire avait été instruite à la date prévue. Ce ne fut malheureusement pas le cas.

[4] Trois éléments essentiels ont contribué au délai en cause dans le pourvoi : l'obtention et, partant, la communication tardives d'une preuve criminalistique potentiellement importante; l'omission de répondre ou de donner suite à la tentative de l'avocat de la défense d'avancer la date de l'enquête préliminaire; et le report de l'enquête préliminaire, attendue depuis longtemps, parce que le tribunal ne disposait pas de suffisamment de temps pour procéder le jour dit. Il a donc fallu attendre 21 mois après le dépôt des accusations pour la tenue d'une enquête préliminaire d'un jour.

[5] Avant d'examiner plus en détail les faits, il serait utile de les situer dans le contexte des lignes directrices établies dans *Morin*. Cet arrêt parle d'un délai institutionnel de 8 à 10 mois pour les cours provinciales et d'un délai de 6 à 8 mois entre

committal to trial, for a total guideline period of between 14 and 18 months. It is clear that these guidelines were substantially exceeded in this case. That, on its own, does not make the delay unreasonable. The difficulty in this case, in my view, arises from the considerable delay coupled with three additional facts: (1) the case is a straightforward one with few complexities and requiring very modest amounts of court time; (2) virtually all of the delay is attributable to the Crown and is unexplained, let alone justified; and (3) defence counsel attempted, unsuccessfully, to move the case ahead faster.

(i) *The Late Disclosure*

[6] A vaginal swab was taken from the complainant the day after the alleged offences were committed, in May of 2005. However, it was not until nearly nine months later and only four days before the trial was scheduled to begin in mid-February of 2006 that the Crown received a report from the Centre for Forensic Sciences ("CFS") setting out the results of its DNA analysis. No explanation has been advanced at any point in these proceedings for the nine-month delay in obtaining and disclosing this analysis.

[7] The Crown, very properly, promptly disclosed this information to the defence. But given its potential importance and the proximity of the trial dates, it was agreed that the trial could not proceed as scheduled. It will be helpful to explain why the evidence was potentially important in the context of the case against the appellant.

[8] The complainant's allegations are as follows. When she left her workplace late on the evening of May 8, 2005, she was surprised to find the appellant, her ex-boyfriend, awaiting her in his car in the parking lot. He convinced her to get into the car but became threatening and violent after she did. The inside door handle of the car was not working, preventing her from leaving the vehicle. The appellant started to drive, hitting the complainant on the head and choking her as he did so. He

le renvoi à procès et le procès lui-même, soit un délai total de 14 à 18 mois. Il ne fait pas de doute que le délai en l'espèce a dépassé de beaucoup ces lignes directrices. Toutefois, cela ne suffit pas pour conclure que le délai est déraisonnable. Dans le présent pourvoi, le problème tient selon moi au retard considérable survenu, combiné à trois autres faits : (1) il s'agissait d'une affaire simple, qui soulevait peu de questions complexes et ne nécessitait qu'une très courte instruction; (2) le retard est presque entièrement attribuable au ministère public et n'a été ni expliqué, ni encore moins justifié; (3) l'avocat de la défense a tenté, en vain, de faire progresser l'affaire plus rapidement.

(i) *La communication tardive*

[6] Des échantillons ont été prélevés sur la victime par écouvillonnage vaginal le lendemain des infractions reprochées, soit en mai 2005. Cependant, ce n'est que près de neuf mois plus tard, seulement quatre jours avant la date fixée pour le début du procès à la mi-février 2006, que le ministère public a reçu un rapport du Centre des sciences judiciaires (« CSJ ») révélant les résultats de l'analyse génétique. La raison pour laquelle il a fallu neuf mois pour obtenir et communiquer les résultats de l'analyse n'a jamais été expliquée.

[7] Comme il se devait, le ministère public a promptement communiqué ce renseignement à la défense. Mais, vu l'importance qu'il était susceptible d'avoir et l'imminence de l'instruction, les parties ont convenu que le procès ne pouvait avoir lieu à la date prévue. Il s'avère utile d'expliquer en quoi cet élément risquait d'être pertinent dans le contexte de la preuve produite contre l'appelant.

[8] Voici la version des faits de la plaignante. Lorsqu'elle a quitté son lieu de travail, tard dans la soirée du 8 mai 2005, elle a constaté avec surprise que l'appelant, son ex-petit ami, s'était garé dans le stationnement et l'attendait dans sa voiture. Il l'a convaincue de monter à bord, mais lorsqu'elle s'est retrouvée à l'intérieur de l'automobile, il est devenu menaçant et violent. La poignée intérieure de la portière ne fonctionnait pas, de sorte que la plaignante ne pouvait pas sortir de l'automobile.

stopped the car. When she refused to perform oral sex, he forcibly removed her clothing and sexually assaulted her, including forced vaginal penetration. After threatening her and her loved ones with death should she tell the police, the appellant drove her back to her workplace.

[9] The record discloses that the next day, the complainant went to the hospital and was examined and interviewed. The examination did not produce any physical evidence corroborating the complainant's allegations that she had been hit on the head and choked. Before taking a semen swab, the nurse asked the complainant a series of questions and filled out a questionnaire. In response to a question about the "date and time of last previous intercourse", the complainant's response was "three days prior to [the] assault".

[10] The CFS forensic analysis concluded that the DNA profile of the semen obtained from the medical examination of the complainant did not match the appellant. She testified at the preliminary inquiry that if the semen did not match the appellant's DNA, then the source of the semen must have been her boyfriend. She could not recall when they last had intercourse before the assault but knew that they had not had intercourse between the time of the assault and the taking of the swabs. According to the CFS reports, the semen had been present for at most 24 hours before the sample was taken. Thus, this forensic evidence could be important to the defence because it was potentially inconsistent with the complainant's statement at the hospital that she had not had intercourse for three days before the alleged assault.

[11] Given the possible inconsistencies between the complainant's statement and the forensic evidence, the Crown quite properly did not question the potential importance of the evidence or attempt to force the trial on notwithstanding its

L'appelant a mis le véhicule en marche, tout en frappant la plaignante à la tête et en tentant de l'étrangler. Il a ensuite stoppé. Lorsque la plaignante a refusé de lui faire une fellation, il l'a déshabillée de force et l'a agressée sexuellement, notamment par pénétration vaginale. Il a ensuite menacé de la tuer ainsi que ses proches, si jamais elle le dénonçait à la police, et il l'a ramenée à son lieu de travail.

[9] Selon le dossier, le jour suivant, la plaignante s'est rendue à l'hôpital où elle a été examinée et questionnée. L'examen n'a révélé aucun signe physique corroborant les allégations de la plaignante selon lesquelles l'appelant l'aurait frappée à la tête et aurait tenté de l'étrangler. Avant de prélever un échantillon de sperme par écouvillonnage vaginal, l'infirmière a posé une série de questions à la plaignante et elle a rempli un questionnaire. Lorsque l'infirmière lui a demandé [TRADUCTION] « la date et l'heure de sa dernière relation sexuelle », la plaignante a répondu « trois jours avant [l']agression ».

[10] Selon l'analyse criminalistique du CSJ, le profil d'identification génétique du sperme prélevé sur la plaignante lors de l'examen médical ne correspondait pas à celui de l'appelant. À l'enquête préliminaire, la plaignante a témoigné que, si tel était le cas, il devait s'agir du sperme de son petit ami. Celle-ci ne se rappelait pas quand ils avaient eu une relation sexuelle pour la dernière fois avant l'agression, mais elle savait qu'ils n'en avaient pas eue entre le moment de l'agression et le prélèvement par écouvillonnage. Selon les rapports du CSJ, la présence de sperme remontait tout au plus à 24 heures avant le prélèvement. La preuve criminalistique pouvait donc être importante pour la défense, car elle pouvait se révéler incompatible avec la déclaration faite par la plaignante à l'hôpital selon laquelle elle n'avait pas eu de relation sexuelle au cours des trois jours précédant l'agression alléguée.

[11] Vu les incompatibilités possibles entre les déclarations de la plaignante et la preuve criminalistique, le ministère public s'est abstenu, avec raison, de mettre en doute l'importance potentielle de la preuve ou d'insister pour que le procès débute

last-minute disclosure. There is no suggestion that Crown counsel delayed disclosure or was otherwise at fault for this delay. Nevertheless, the resulting delay is attributable to the Crown. It is responsible for bringing an accused person to trial and for the provision of facilities and staff to see that accused persons are tried in a reasonable time: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1225. The Crown bears the burden of explaining unusual delays caused by the forensic investigators. It offers no explanation in this case.

(ii) *Preliminary Inquiry*

[12] In response to this new evidence, Crown and defence agreed that the Crown would re-elect to proceed by indictment in order to give the defence the opportunity to explore the complainant's evidence and the CFS report at a preliminary inquiry. The result, however, was that the proceedings were substantially delayed. Even though only one day was required for the preliminary inquiry (as opposed to the three days which had been originally set for trial), the court in February of 2006 could not offer a date earlier than the following September, a period of about 7 months.

[13] The defence was concerned about the delay. The charges had been laid in May of 2005. With the preliminary inquiry fixed for September of 2006, the appellant was facing a delay of 16 months for a one-day preliminary inquiry. In late February, a few days after the September 2006 hearing had been set, defence counsel wrote to the court and the Crown requesting an earlier date. Defence counsel proposed 31 alternative dates on which he would be available. He received no response to this request. The Crown has given no explanation for why this request to expedite the matter was ignored.

(iii) *The Preliminary Inquiry Does Not Proceed*

[14] On the scheduled date for the preliminary inquiry (September 15, 2006), the case was nearly

malgré la communication tardive. Rien ne laisse croire que l'avocat du ministère public ait retardé la communication ou qu'il ait provoqué ce retard par sa faute de quelque façon que ce soit. Le retard demeure néanmoins attribuable au ministère public. C'est en effet au ministère public qu'il incombe de mener un accusé à son procès et de fournir les installations et le personnel nécessaires pour que les inculpés soient jugés dans un délai raisonnable : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1225. Il lui incombe en outre d'expliquer les retards inhabituels attribuables aux experts en criminalistique. En l'espèce, il n'a offert aucune explication.

(ii) *L'enquête préliminaire*

[12] Au vu de ces éléments nouveaux, le ministère public et la défense ont convenu que le ministère public ferait un nouveau choix pour procéder par voie de mise en accusation, de façon à permettre à la défense de sonder le témoignage de la plaignante et le rapport du CSJ dans le cadre d'une enquête préliminaire. Cette décision a cependant considérablement retardé le processus judiciaire. Même si l'enquête préliminaire ne devait durer qu'une seule journée (plutôt que les trois jours initialement prévus pour le procès), le tribunal n'était pas en mesure, en février 2006, de proposer une date avant le mois de septembre, soit environ 7 mois plus tard.

[13] Ce délai préoccupait la défense. Les accusations avaient été portées en mai 2005. L'enquête préliminaire étant prévue pour le mois de septembre 2006, l'appelant aurait ainsi attendu 16 mois pour subir une enquête préliminaire d'un jour. À la fin du mois de février, quelques jours après que l'enquête préliminaire a été fixée au mois de septembre 2006, l'avocat de la défense a écrit au tribunal et au ministère public pour demander qu'elle soit avancée. Il a proposé 31 dates où il était disponible. Sa demande est toutefois demeurée sans réponse et le ministère public n'a fourni aucune explication à ce silence.

(iii) *Le report de l'enquête préliminaire*

[14] À la date prévue pour la tenue de l'enquête préliminaire (le 15 septembre 2006), un délai de

16 months old and therefore substantially outside the *Morin* guidelines. Unfortunately, the preliminary inquiry could not proceed as scheduled. The case was not reached until well into the afternoon as a result of other matters on the court's docket. Insufficient court time remained to proceed with the preliminary inquiry and it had to be postponed. Eventually, the preliminary inquiry was held on February 5, 2007, roughly 21 months after the charges had been laid. This period is more than double the *Morin* guideline for institutional delay in the provincial courts. No explanation has been offered about why more priority was not given to dealing with this matter which by then was in obvious s. 11(*b*) difficulty.

[15] Following committal in February of 2007, trial was set in Superior Court for November 2007, roughly 30 months from the laying of the charges. The trial judge stayed the proceedings for unreasonable delay in June of 2007.

[16] To sum up: this was a straightforward case requiring only modest amounts of court time; the delays substantially exceeded the *Morin* guidelines; virtually all of the delays are attributable to the Crown and virtually none of them to the appellant; and the Crown offered no explanation of the three critical elements that accounted for most of the delay which is attributable to it.

III. Analysis

[17] The majority of the Court of Appeal set aside the trial judge's stay of proceedings on two main bases. It held that the trial judge had erred in his analysis of the conduct of the defence and of prejudice to the accused: 2008 ONCA 466, 173 C.R.R. (2d) 209. Respectfully, my view is that the majority of the Court of Appeal erred in these respects and there is, therefore, no basis to set aside the trial judge's finding that the delay was unreasonable.

16 mois s'était écoulé depuis le début de la poursuite, ce qui est bien au-delà des lignes directrices établies dans *Morin*. Malheureusement, l'enquête préliminaire n'a pu avoir lieu à la date fixée. D'autres affaires avaient été mises au rôle ce jour-là et ce n'est que tard dans l'après-midi que le tour de l'appelant est venu. Il ne restait alors pas assez de temps pour procéder à son enquête préliminaire, qui a dû être reportée. Elle a finalement eu lieu le 5 février 2007, environ 21 mois après le dépôt des accusations. Cette période équivaut à plus du double du délai institutionnel acceptable pour les cours provinciales selon *Morin*. Aucune explication n'a été fournie quant aux raisons pour lesquelles un degré plus élevé de priorité n'a pas été accordé à cette affaire, qui posait déjà manifestement problème au regard de l'al. 11*b*).

[15] En février 2007, l'affaire a été renvoyée à procès devant la Cour supérieure et l'instruction a été fixée au mois de novembre 2007, soit environ 30 mois après le dépôt des accusations. En juin 2007, le juge de première instance a ordonné l'arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable.

[16] En résumé, il s'agissait d'une affaire simple ne nécessitant qu'une courte instruction; les délais dépassaient nettement ceux établis par les lignes directrices dans *Morin*; ils étaient presque entièrement attribuables au ministère public et ne pouvaient guère être imputés à l'appelant; le ministère public n'a fourni aucune explication quant aux trois éléments cruciaux qui ont causé une grande partie du retard dont il était responsable.

III. Analyse

[17] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge de première instance pour deux raisons principales. Ils ont conclu que son analyse de la conduite de la défense et du préjudice subi par l'accusé était erronée : 2008 ONCA 466, 173 C.R.R. (2d) 209. Soit dit en toute déférence, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur sur ces deux points, de sorte que rien ne permet d'annuler la conclusion du juge de première instance selon laquelle le délai était déraisonnable.

[18] The legal framework for the appeal was set out by the Court in *Morin*, at pp. 786-89. Whether delay has been unreasonable is assessed by looking at the length of the delay, less any periods that have been waived by the defence, and then by taking into account the reasons for the delay, the prejudice to the accused, and the interests that s. 11(*b*) seeks to protect. This often and inevitably leads to minute examination of particular time periods and a host of factual questions concerning why certain delays occurred. It is important, however, not to lose sight of the forest for the trees while engaging in this detailed analysis. As Sopinka J. noted in *Morin*, at p. 787, "[t]he general approach . . . is not by the application of a mathematical or administrative formula but rather by a judicial determination balancing the interests which [s. 11(*b*)] is designed to protect against factors which either inevitably lead to delay or are otherwise the cause of delay."

(i) *Conduct of the Defence*

[19] Three aspects of the conduct of the defence are relevant here. The first concerns the agreement to have the Crown re-elect to proceed by indictment in order to permit a preliminary inquiry to be held. The second relates to the impact of defence counsel's unavailability on the attribution of responsibility for delay. The third arises from the fact that defence counsel on occasion appeared by agent and had to seek a brief adjournment of the ultimate trial date because of a scheduling conflict.

a. Crown Re-election

[20] The majority of the Court of Appeal found defence counsel's consent to the Crown re-election and the fact that the resulting preliminary inquiry "enured significantly to the [appellant's] benefit" pointed against counting the resulting delay as unreasonable (MacPherson J.A., at para. 38). I respectfully disagree. Had the Crown obtained the forensic evidence within a reasonable amount of

[18] Notre Cour a établi le cadre juridique applicable en l'espèce dans *Morin*, aux p. 786-789. Pour déterminer si un délai est déraisonnable, il faut considérer la longueur du délai, déduction faite des périodes auxquelles la défense a renoncé, puis examiner les raisons du délai, le préjudice subi par l'accusé et les intérêts que l'al. 11*b*) vise à protéger. Par la force des choses, cette démarche demande souvent un examen minutieux de différentes périodes et d'une foule de questions factuelles concernant les raisons de certains retards. Toutefois, au cours de cet examen minutieux, il faut veiller à ce que l'attention que nous portons aux détails ne nous fasse pas perdre de vue l'ensemble de la situation. Comme le juge Sopinka l'a souligné dans *Morin*, à la p. 787, « [l]a méthode générale [. . .] ne consiste pas dans l'application d'une formule mathématique ou administrative mais plutôt dans une décision judiciaire qui soupèse les intérêts que l'alinéa [11*b*)] est destiné à protéger et les facteurs qui, inévitablement, entraînent un délai ou sont autrement la cause du délai. »

(i) *La conduite de la défense*

[19] Trois aspects de la conduite de la défense sont pertinents. Le premier est l'accord de la défense au nouveau choix du ministère public de procéder par voie de mise en accusation pour permettre la tenue d'une enquête préliminaire. Le deuxième est la mesure dans laquelle la non-disponibilité de l'avocat de la défense a joué dans l'imputation des délais. Le troisième est que l'avocat de la défense s'est déjà fait remplacer en salle d'audience et qu'il a dû demander un bref report de la date qui avait finalement été fixée pour le procès en raison d'un conflit d'horaire.

a. Le nouveau choix du ministère public

[20] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que l'accord de l'avocat de la défense au nouveau choix du ministère public et [TRADUCTION] « l'avantage considérable » que l'appelant a tiré de l'enquête préliminaire en résultant jouaient contre le caractère déraisonnable du retard lié à ce choix (le juge MacPherson, par. 38). Je ne puis me rallier à ce point de vue. Si le ministère public avait obtenu

time, the re-election and preliminary inquiry could have happened much sooner. It may well have been beneficial to the appellant to have a preliminary inquiry. But, respectfully, that is not the point. The appellant was entitled to timely disclosure, he did not receive it, and no explanation for the failure to provide it has been advanced. I do not see anything in this which undercuts the appellant's position that this delay was unreasonable.

b. Available Dates

[21] The majority in the Court of Appeal found defence counsel responsible for about a month and one-half of delay because he was not available for the first offered date for the rescheduled preliminary inquiry. With respect, I agree with Glithero R.S.J. (*ad hoc*), dissenting in the Court of Appeal, that this placed too great a responsibility on defence counsel in the circumstances of this case.

[22] The earliest date offered to the defence to reschedule the preliminary inquiry was December 22, 2006, over three months from the original September date. Defence counsel was unavailable on that date. The record does not reveal the earliest date offered by the defence to the Crown and court. The preliminary inquiry was ultimately set for February 5, 2007, one and a half months after the earliest proffered date and nearly a year after the originally scheduled trial date. The trial judge found that the first three months of this period of delay were attributable to the Crown. He also noted that even if the additional one and a half months of delay were attributed to the defence, because that period of delay could have been avoided by the defence had it accepted the earliest offered date, there had still been a delay of 10 months in conducting the preliminary inquiry.

[23] The majority of the Court of Appeal took this as a finding by the trial judge, with which it

la preuve criminalistique dans un délai raisonnable, le nouveau choix et l'enquête préliminaire auraient pu avoir lieu beaucoup plus tôt. Certes, la tenue de l'enquête préliminaire a pu servir les intérêts de l'appelant. Mais, soit dit en toute déférence, là n'est pas la question. L'appelant, qui était en droit d'obtenir communication de la preuve en temps opportun, l'a obtenue tardivement et aucune explication ne lui a été fournie pour justifier ce retard. Je ne vois pas en quoi cela pourrait ébranler la prétention de l'appelant que le délai était déraisonnable.

b. Les dates de disponibilité

[21] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu qu'un retard d'environ un mois et demi était attribuable à l'avocat de la défense parce qu'il n'était pas libre à la première date proposée pour le report de l'enquête préliminaire. Avec égard, je souscris pour ma part à l'opinion du juge principal régional Glithero (*ad hoc*), dissident en Cour d'appel, selon laquelle ce point de vue impose une trop grande responsabilité à l'avocat de la défense dans les circonstances.

[22] La date la plus rapprochée à laquelle on a offert à la défense de reporter l'enquête préliminaire était le 22 décembre 2006, soit plus de trois mois après la date initialement prévue en septembre. L'avocat de la défense n'était pas disponible à cette date. Le dossier n'indique pas quelle était la date la plus rapprochée proposée par la défense au ministère public et au tribunal. L'enquête préliminaire a finalement été fixée au 5 février 2007, un mois et demi après la première date proposée et près d'un an après la date initialement prévue pour la tenue du procès. Le juge de première instance a conclu que les trois premiers mois de cette période additionnelle étaient attribuables au ministère public. Il a aussi souligné que, même si le délai additionnel d'un mois et demi était imputé à la défense parce qu'il aurait pu être évité si l'avocat de la défense avait accepté la première date offerte, le délai précédant la tenue de l'enquête préliminaire atteignait tout de même 10 mois.

[23] Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge de première instance aurait ainsi conclu

agreed, that the defence had waived this one and a half month period. Respectfully, I do not agree that the trial judge ruled in this way and I do not agree that it would have been correct to do so. Like Glithero R.S.J., I do not read the trial judge's reasons as accepting the proposition that this period should be attributed to the defence. Rather, the trial judge simply recognized the argument and said that even if it were accepted, the delay was still excessive. Moreover, I respectfully disagree that this period of delay should be treated as waived by the defence in the circumstance of this case. Scheduling requires reasonable availability and reasonable cooperation; it does not, for s. 11(*b*) purposes, require defence counsel to hold themselves in a state of perpetual availability. Here, there is no suggestion that defence counsel was unreasonable in rejecting the earlier date. Indeed, his prior conduct in seeking earlier dates for the preliminary inquiry — efforts which were ignored — suggests that he wished to proceed expeditiously. I respectfully agree with Glithero R.S.J., dissenting in the Court of Appeal, at para. 53, that: "To hold that the delay clock stops as soon as a single available date is offered to the defence and not accepted, in circumstances where the Crown is responsible for the case having to be rescheduled, is not reasonable."

que la défense avait renoncé à cette période d'un mois et demi, conclusion à laquelle ils souscrivaient. En toute déférence, je ne crois pas que telle était la teneur de la conclusion du juge de première instance ni que pareille conclusion aurait été juste. À l'instar du juge Glithero, j'estime que les motifs du juge de première instance ne révèlent aucunement son adhésion à la prétention que cette période devrait être imputée à la défense. Le juge de première instance a simplement pris acte de cet argument et il a affirmé que, même s'il était retenu, le délai demeurerait excessif. De plus, en toute déférence, j'estime qu'il serait incorrect de traiter cette période comme si la défense y avait renoncé en l'espèce. L'établissement d'un calendrier pour le déroulement d'une instance requiert une disponibilité et une coopération raisonnables; il n'exige pas, pour l'application de l'al. 11*b*), que les avocats de la défense demeurent disponibles en tout temps. En l'espèce, rien ne donne à penser que l'avocat de la défense ait agi de façon déraisonnable en rejetant la date plus rapprochée proposée. En fait, sa tentative antérieure d'avancer la date de l'enquête préliminaire — qui a été ignorée — tend à démontrer qu'il souhaitait procéder avec célérité. Je souscris aux propos tenus par le juge Glithero, dissident en Cour d'appel, au par. 53 : [TRADUCTION] « Il ne serait pas raisonnable de dire que le compte à rebours s'arrête dès que la défense refuse une date unique qui lui est proposée, lorsque c'est le ministère public qui est responsable du report. »

c. Other Matters

c. Autres questions

[24] It is worth noting briefly that the Court of Appeal mentions two additional periods of delay which, by virtue of defence counsel's conduct, in its view weighed strongly against the appellant's claim of unreasonable delay.

[24] Il convient de mentionner brièvement que la Cour d'appel relève deux délais additionnels qui, en raison de la conduite de l'avocat de la défense, lui semblent jouer fortement contre la prétention de l'appelant que le délai était déraisonnable.

[25] The periods in question book-ended the proceedings. The first period involved two hearings in June of 2005 which were held in order to schedule the judicial pre-trial. In both cases, defence counsel was represented by an agent, and the appellant did not appear. The Provincial Court was nevertheless able, at the second hearing, to schedule the pre-trial. The other "book-end" highlighted by the

[25] Ces retards se sont produits au tout début et à la toute fin de l'instance. Le premier est lié aux deux audiences tenues au mois de juin 2005 en vue de fixer la date de la conférence préparatoire au procès. À ces deux audiences, l'avocat de la défense s'est fait remplacer et l'appelant était absent. La Cour provinciale a néanmoins été en mesure, à la seconde audience, de fixer la date de

Court of Appeal occurred during defence counsel's submission at the hearing of the s. 11(*b*) *Charter* application on June 20, 2007. At the outset of the hearing, defence counsel notified the court that he had inadvertently scheduled the November trial in this case for dates on which he was already committed to be at a trial on Manitoulin Island. He asked the court to adjourn the trial for one additional month. The Court of Appeal found this troubling — defence counsel was arguing that the proceedings had already gone on for too long, but was at the same time asking for a further adjournment.

[26] I respectfully disagree that these two "book end" events should weigh against the appellant's claim of unreasonable delay. The first had no appreciable impact on the progress of the matter and the second, while perhaps ironic, is irrelevant. By the time that scheduling conflict arose, the case had already, as the trial judge found, been unreasonably delayed.

[27] It should be remembered that the only person who appears to have made any effort to move this matter ahead more quickly was defence counsel. He complained about the long delay to the first date set for the preliminary inquiry and provided 31 earlier dates on which he was available. As counsel for the appellant put it during oral argument, this effort was met by "radio silence".

[28] In summary, I respectfully disagree with the majority of the Court of Appeal that there is anything in the conduct of the defence which undercuts the appellant's claim of unreasonable delay.

(ii) *Prejudice*

[29] The Court of Appeal disagreed with the trial judge's analysis of prejudice and found that any prejudice to the accused's interest in a fair trial was too speculative to be considered. Partly on this basis, the Court of Appeal found that the delay was

la conférence préparatoire. Le second retard souligné par la Cour d'appel s'est produit à l'occasion de la plaidoirie de la défense à l'audience du 20 juin 2007 sur la demande fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*. Au début de l'audience, l'avocat de la défense a en effet avisé la cour qu'il avait par inadvertance accepté que le procès ait lieu au mois de novembre, à des dates où il s'était déjà engagé à être présent à un procès à l'île Manitoulin. Il a demandé au tribunal de reporter le procès d'un autre mois. La Cour d'appel a jugé cette demande troublante, parce que l'avocat de la défense, qui faisait valoir que la poursuite avait déjà trop traîné, demandait du même souffle un nouvel ajournement.

[26] Je ne puis souscrire à l'idée que ces deux retards, au début et à la fin du processus judiciaire, devraient nuire à la demande d'arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable. Le premier n'a pas eu de conséquence importante sur le déroulement de l'instance et le second, bien que peut-être ironique, n'est pas pertinent. Au moment où ce conflit d'horaire est survenu, l'affaire accusait déjà un retard déraisonnable, comme l'a constaté le juge de première instance.

[27] Il ne faut pas oublier que seul l'avocat de la défense semble avoir tenté de faire progresser l'affaire plus rapidement. Il s'est plaint de la date tardive initialement fixée pour la tenue de l'enquête préliminaire et il a indiqué 31 dates plus rapprochées auxquelles il était disponible. Comme l'a fait remarquer l'avocat de l'appelant lors de sa plaidoirie orale, cette démarche est restée sans écho.

[28] Bref, en toute déférence, contrairement aux juges majoritaires de la Cour d'appel, j'estime que rien dans la conduite de la défense ne joue contre la prétention de l'appelant que le délai était déraisonnable.

(ii) *Le préjudice*

[29] La Cour d'appel n'a pas souscrit à l'analyse du préjudice effectuée par le juge de première instance et elle a conclu que l'atteinte éventuelle au droit de l'accusé à un procès équitable était trop hypothétique pour être prise en compte. C'est en partie

not unreasonable. I respectfully disagree. In light of the length of the delay, of the Crown's failure to explain the multiple delays adequately, and of the prejudice to the accused's liberty and security interests — if not also to his interest in a fair trial — the delay in this case was unreasonable.

[30] Prejudice in this context is concerned with the three interests of the accused that s. 11(*b*) protects: liberty, as regards to pre-trial custody or bail conditions; security of the person, in the sense of being free from the stress and cloud of suspicion that accompanies a criminal charge; and the right to make full answer and defence, insofar as delay can prejudice the ability of the defendant to lead evidence, cross-examine witnesses, or otherwise to raise a defence. See *Morin*, at pp. 801-3.

[31] The question of prejudice cannot be considered separately from the length of the delay. As Sopinka J. wrote in *Morin*, at p. 801, even in the absence of specific evidence of prejudice, "prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay the more likely that such an inference will be drawn." Here, the delay exceeded the ordinary guidelines by a year or more, even though the case was straightforward. Furthermore, there was some evidence of actual prejudice and a reasonable inference of a risk of prejudice.

[32] This approach was reflected in the trial judge's reasons, where he wrote that the delay in this case was "well beyond any reasonable interpretation of the [*Morin*] guidelines" (2007 CarswellOnt 5364, at para. 20) and that the appellant had suffered prejudice as a result. The judge referred specifically to the fact that the charges had been hanging over the appellant's head for a long time and that he was subject to "fairly strict" bail conditions (para. 22).

pour ce motif que la Cour d'appel a conclu que le délai n'était pas déraisonnable. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Vu la durée du délai, l'absence d'explication fournie par le ministère public concernant les nombreux retards et l'atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de l'appelant — si ce n'est aussi à son droit à un procès équitable —, le délai en l'espèce était déraisonnable.

[30] Dans le présent contexte, la question du préjudice est liée aux trois intérêts de l'accusé que l'al. 11*b*) est destiné à protéger : sa liberté, en ce qui touche sa détention avant procès ou ses conditions de mise en liberté sous caution; la sécurité de sa personne, c'est-à-dire ne pas avoir à subir le stress et le climat de suspicion que suscite une accusation criminelle; et le droit de présenter une défense pleine et entière, dans la mesure où les délais écoulés peuvent compromettre sa capacité de présenter des éléments de preuve, de contre-interroger les témoins ou de se défendre autrement. Voir *Morin*, p. 801-803.

[31] La question du préjudice ne peut être envisagée séparément de la longueur du délai. Pour reprendre les propos du juge Sopinka, dans *Morin*, à la p. 801, même en l'absence de preuve particulière d'un préjudice, « on peut déduire qu'il y a eu préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. » En l'espèce le délai a dépassé d'un an ou plus le délai normalement acceptable selon les lignes directrices, même si l'affaire était simple. Qui plus est, une preuve tendait à démontrer l'existence d'un préjudice réel et il était raisonnable de déduire qu'il existait un risque de préjudice.

[32] Le juge de première instance a fait écho à ce raisonnement, écrivant que le délai en l'espèce [TRADUCTION] « dépasse nettement toute interprétation raisonnable des lignes directrices établies dans [*Morin*] » (2007 CarswellOnt 5364, par. 20) et que l'appelant en avait subi un préjudice. Le juge a mentionné expressément que l'appelant était sous le coup d'accusations depuis longtemps et qu'on lui avait imposé des conditions de mise en liberté sous caution [TRADUCTION] « assez sévères » (par. 22).

[33] The Court of Appeal disagreed with the sequence in which the trial judge addressed the issue of prejudice, noting that the trial judge only turned to his consideration of prejudice after he had already concluded that s. 11(*b*) had been infringed. Respectfully, I cannot accept that the trial judge erred in this regard. It is in my respectful view clear from reading the judge's reasons as a whole that he considered the relevant factors.

[34] The majority of the Court Appeal acknowledged that these charges had been hanging over the appellant's head for a long time. It was reasonable, in my view, to infer as the trial judge did that the prolonged exposure to criminal proceedings resulting from the delay gave rise to some prejudice. The majority of the Court of Appeal appears to have given no weight to this consideration. The majority of the Court of Appeal also disagreed with the trial judge's findings relating to prejudice flowing from restrictive bail conditions. The appellant had been on judicial interim release for more than two years. It is true that his bail conditions were relaxed as the delay lengthened, but the trial judge did not err in the circumstances of this case by taking this consideration into account as one aspect relevant to his overall assessment of whether the long delay was unreasonable.

[35] The majority of the Court of Appeal rejected as speculative the appellant's contention that his ability to make full answer and defence had been prejudiced. There was evidence, however, that there was a risk of prejudice to his defence because of the delay. In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred by failing to accord any weight to this risk of prejudice.

[36] The nature of the risk to the appellant's ability to make full answer and defence was well set out by Glithero R.S.J., dissenting in the Court of Appeal, at paras. 69-74. He noted that the case was likely to turn on credibility and, in particular, on cross-examination of the complainant and her boyfriend in light of the DNA test results and prior statements. The dissenting judge concluded that the

[33] La Cour d'appel était d'avis que le juge de première instance n'avait pas examiné la question du préjudice au bon moment en s'y intéressant seulement après avoir conclu que l'al. 11*b*) avait été enfreint. En toute déférence, je ne puis conclure que le juge de première instance a commis une erreur à cet égard. Selon moi, il ressort clairement de ses motifs, pris dans leur ensemble, qu'il a examiné les facteurs pertinents.

[34] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont reconnu que l'appelant était sous le coup d'accusations depuis longtemps. Il était selon moi raisonnable d'inférer, comme l'a fait le juge de première instance, que l'exposition prolongée à une poursuite criminelle en raison du retard avait causé préjudice à l'appelant. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne semblent pas avoir accordé de poids à ce facteur. Ils n'ont pas retenu non plus les conclusions du juge de première instance sur le préjudice découlant des conditions strictes de mise en liberté sous caution imposées à l'appelant. L'appelant était en liberté provisoire depuis plus de deux ans. Il est vrai que ses conditions de mise en liberté sous caution ont été assouplies au fur et à mesure que le délai s'est prolongé, mais le juge de première instance n'a pas fait d'erreur dans les circonstances en prenant en compte cette considération qui était pertinente dans son évaluation globale du caractère déraisonnable du long délai.

[35] La Cour d'appel, à la majorité, a jugé hypothétique et rejeté l'atteinte alléguée par l'appelant à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Or, des éléments de preuve démontraient que le délai écoulé risquait de nuire à sa défense. À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en n'accordant aucune importance à ce risque de préjudice.

[36] Le juge Glithero, dissident en Cour d'appel, a bien décrit aux par. 69-74 en quoi la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière était compromise. Il a souligné que le sort de l'appelant dépendait vraisemblablement de la crédibilité des témoignages et, en particulier, du contre-interrogatoire de la plaignante et de son petit ami, compte tenu des résultats de l'analyse génétique

extra passage of time made it more likely that the ability of the appellant to cross-examine effectively had been diminished.

[37] It is difficult to assess the risk of prejudice to the appellant's ability to make full answer and defence, but it is also important to bear in mind that the risk arises from delay to which the appellant made virtually no contribution. Missing from the analysis of the majority of the Court of Appeal, in my respectful view, is an adequate appreciation of the length of the delay in getting this relatively straightforward case to trial. As noted already, prejudice may be inferred from the length of the delay.

[38] Moreover, it does not follow from a conclusion that there is an unquantifiable risk of prejudice to the appellant's ability to make full answer and defence that the overall delay in this case was constitutionally reasonable. Proof of actual prejudice to the right to make full answer and defence is not invariably required to establish a s. 11(*b*) violation. This is only one of three varieties of prejudice, all of which must be considered together with the length of the delay and the explanations for why it occurred.

IV. Conclusion

[39] This was not a complex case. A delay of 30 months in bringing it to trial is striking, given that the delay was virtually entirely attributable to the Crown or institutional delay and was largely unexplained. Critical evidence was disclosed some nine months after the tests which produced it, the appellant's request for earlier dates was ignored, and when the case was clearly in s. 11(*b*) trouble, the matter was not proceeded with on the date set for the long-awaited preliminary hearing. The length of the delay and the evidence supported the trial judge's inference that some prejudice to the appellant resulted from the delay.

[40] As McLachlin J. (as she then was) put it in her concurring reasons in *Morin*, at p. 810, "[w]hen

et de déclarations antérieures. Le juge dissident a conclu que les délais additionnels augmentaient le risque que l'appelant ne soit pas en mesure de procéder à un contre-interrogatoire utile.

[37] Il est difficile de mesurer le risque d'atteinte à la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière, mais il importe de garder à l'esprit que ce risque découle d'un délai auquel il n'a pratiquement pas contribué. Dans leur analyse, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas apprécié correctement, selon moi, la longueur du retard à mener à procès cette affaire somme toute assez simple. Comme je l'ai déjà mentionné, on peut déduire de la longueur du délai qu'il y a eu préjudice.

[38] De plus, la conclusion que le risque d'atteinte à la capacité de l'appelant de présenter une défense pleine et entière n'est pas quantifiable ne signifie pas que le délai global était raisonnable sur le plan constitutionnel. La preuve d'une atteinte réelle au droit de présenter une défense pleine et entière n'est pas toujours requise pour établir un manquement à l'al. 11*b*). Il ne s'agit là que de l'un des trois types de préjudice qui doivent être pris en compte, avec la longueur du délai et les explications fournies pour le justifier.

IV. Conclusion

[39] L'affaire n'était pas complexe. Le délai de 30 mois écoulé avant la tenue du procès est frappant, étant donné qu'il était presque entièrement attribuable au ministère public ou à des retards institutionnels et qu'il est demeuré inexpliqué. Une preuve cruciale a été communiquée environ neuf mois après la réalisation des tests dont elle était issue, la demande par l'appelant de dates plus rapprochées a été ignorée et, même lorsque de toute évidence la situation posait problème au regard de l'al. 11*b*), l'enquête préliminaire, attendue depuis longtemps, n'a pas été tenue à la date prévue. La longueur du délai et la preuve permettaient au juge de première instance de déduire que l'appelant avait subi un préjudice en raison du délai.

[40] Comme l'a dit la juge McLachlin (devenue depuis Juge en chef) dans ses motifs concordants

trials are delayed, justice may be denied. Witnesses forget, witnesses disappear. The quality of evidence may deteriorate. Accused persons may find their liberty and security limited much longer than necessary or justifiable. Such delays are of consequence not only to the accused, but may affect the public interest in the prompt and fair administration of justice."

[41] Of course, there is a strong societal interest in having serious charges tried on their merits. However, the progress of this case was delayed to such a degree that the appellant's constitutional right to be tried within a reasonable time was violated. In my respectful opinion, the Court of Appeal erred in reversing the trial judge's conclusion to that effect.

[42] I would allow the appeal and restore the order of the trial judge.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Pinkofskys, Toronto.

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

dans *Morin*, à la p. 810, « [l]orsque les procès sont retardés, il peut y avoir déni de justice. Des témoins oublient ou disparaissent. La qualité de la preuve peut se détériorer. La liberté et la sécurité des accusés peuvent être limitées beaucoup plus longtemps qu'il n'est nécessaire ou justifiable. Non seulement de tels délais ont des conséquences pour l'accusé, mais ils peuvent également avoir un effet sur l'intérêt du public dans l'administration rapide et équitable de la justice. »

[41] La société a certes grand intérêt à ce que les accusations graves soient jugées au fond. Toutefois, le déroulement de la présente affaire a été retardé à un point tel qu'il y a eu violation du droit constitutionnel de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable. J'estime, en toute déférence, que la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion du juge de première instance à cet égard.

[42] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Pinkofskys, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Kelly Marie Ellard *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ELLARD

Neutral citation: 2009 SCC 27.

File No.: 32835.

2009: April 20; 2009: June 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Evidence — Admissibility — Prior consistent statements — Trial judge permitting Crown to re-examine its witness to show that she had made prior consistent statements — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge erred in allowing statements to be admitted in re-examination — If so, whether curative proviso applicable — Whether trial judge was required to give jury limiting instruction on use that could be made of statements — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A teenage girl was brutally assaulted by several individuals. At the end of the assault, staggering from her injuries, she made her way across a bridge where she was again attacked and forcibly drowned. The prosecution for the murder centred on two individuals: G was convicted; the other is the accused. Both took part in the first assault and, it was alleged, followed the victim over the bridge and caused her death. This was the accused's third trial. She was convicted of second degree murder. Part of the Crown's case hinged on the testimony of a witness whose cross-examination canvassed numerous inconsistencies between her testimony at trial, her statements to police made days after the murder, and her testimony at G's trial. The defence submitted that these inconsistencies showed that she had reconstructed her memory over time under the influence of rumour and speculation. Following this cross-examination, the trial judge permitted the Crown to re-examine her to show that she had made prior consistent statements at

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Kelly Marie Ellard *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ELLARD

Référence neutre : 2009 CSC 27.

N° du greffe : 32835.

2009 : 20 avril; 2009 : 12 juin.

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

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

Droit criminel — Procès — Preuve — Admissibilité — Déclarations antérieures compatibles — Juge du procès permettant au ministère public de réinterroger son témoin pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles — Accusée déclarée coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant l'admission des déclarations en réinterrogatoire? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Le juge du procès était-il tenu de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Une adolescente a été agressée brutalement par plusieurs personnes. Affaiblie par ses blessures, à la fin de cette agression, elle a titubé jusqu'à l'autre extrémité d'un pont où elle a été attaquée une deuxième fois, puis noyée. La poursuite pour meurtre était centrée sur deux suspects. L'un d'eux, G, a été déclaré coupable; l'autre est l'accusée. Ils avaient tous deux participé à la première agression et, selon les allégations, ils avaient suivi la victime sur le pont et causé sa mort. Le pourvoi porte sur le troisième procès de l'accusée. Elle a été déclarée coupable de meurtre au deuxième degré. La preuve du ministère public reposait en partie sur le témoignage d'un témoin qui a été contre-interrogé relativement à de nombreuses divergences entre son témoignage au procès, ses déclarations aux policiers quelques jours après le meurtre et son témoignage au procès de G. Selon la défense, ces divergences démontraient qu'elle avait reconstitué ses souvenirs, avec le temps, sous l'influence de rumeurs et de suppositions. Après

previous trials on whether she had seen the victim cross the bridge. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's failure to provide a limiting instruction to the jury on the use they could make of these prior consistent statements was a serious error.

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction restored.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: While prior consistent statements are presumptively inadmissible, there is an exception if a party has made an allegation of recent fabrication. The opposing party may then rebut the allegation by introducing prior statements, consistent with testimony at trial, and made before the alleged fabrication arose. In this case, the statements on which the witness was re-examined did not fit within this exception since they were not made before any of the circumstances the defence argued were responsible for the witness's changed memory, namely the atmosphere of rumour and speculation following the murder. The trial judge therefore erred in ruling that the re-examination was permissible. [31-32] [34]

However, there was no reasonable possibility that the error had any impact on the verdict. It was an accepted fact at the trial that the victim crossed the bridge. Whether or not the Crown's witness claimed to have seen her do so could have had no bearing on any disputed issue, and, in the circumstances of this case, could have had little effect on her general reliability. The real question at trial — whether the witness had seen the accused and G cross the bridge — was not addressed in the re-examination. The fact that the witness had previously testified on this point had already been canvassed in the cross-examination. Furthermore, the jury necessarily would have known and appreciated that nothing in the re-examination detracted from or even addressed the inconsistencies in the witness's evidence as a whole. The curative proviso under s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* therefore applies to cure the trial judge's harmless error in permitting the re-examination. [35] [39-40]

The absence of a limiting instruction in this case did not amount to a legal error. A limiting instruction

le contre-interrogatoire, le juge du procès a permis au ministère public de la réinterroger pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles lors de procès précédents quant à savoir si elle avait vu la victime traverser le pont. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès parce que, selon elle, l'omission du juge du procès de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire de ces déclarations antérieures compatibles constituait une grave erreur.

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusée rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : S'il est vrai que les déclarations antérieures compatibles sont présumées inadmissibles, une exception s'applique lorsqu'une partie allègue la fabrication récente. La partie opposée peut réfuter cette allégation en produisant des déclarations antérieures qui sont compatibles avec le témoignage offert au procès et qui ont été faites avant la prétendue fabrication. En l'occurrence, les déclarations sur lesquelles a porté le réinterrogatoire ne correspondaient pas à cette exception parce qu'elles n'ont pas été faites avant que n'existent les circonstances que la défense prétend à l'origine des changements dans les souvenirs du témoin, soit le climat de rumeurs et de suppositions qui a suivi le meurtre. Le juge du procès a donc commis une erreur en décidant que le réinterrogatoire pouvait être autorisé. [31-32] [34]

Toutefois, il n'était pas raisonnablement possible que son erreur ait quelque incidence que ce soit sur le verdict. Au procès, tous ont convenu que la victime avait traversé le pont. Le fait que le témoin de la poursuite ait déclaré ou non l'avoir vue traverser le pont ne pouvait donc avoir aucune incidence sur une question litigieuse et, dans la situation particulière en cause, ne pouvait guère avoir d'effet sur sa fiabilité en général. Le réinterrogatoire n'a pas abordé la véritable question qui se posait au procès — celle de savoir si le témoin avait vu l'accusée et G traverser le pont. Le fait que le témoin ait témoigné antérieurement sur ce point avait déjà été examiné en contre-interrogatoire. De plus, le jury devait nécessairement savoir et comprendre que le réinterrogatoire n'a ni atténué, ni même abordé les contradictions dans l'ensemble du témoignage du témoin. La disposition réparatrice énoncée au sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* trouve donc application et permet de remédier à l'erreur inoffensive qu'a commise le juge du procès en permettant le réinterrogatoire. [35] [39-40]

L'absence de directive limitative en l'espèce ne constituait pas une erreur de droit. Une directive

will usually be required in cases where prior consistent statements are admitted on the theory that their repetition tends to risk bolstering the witness's reliability or supporting the fact at issue. But, in the unusual circumstances of this case, the prior consistent statements were of no assistance to the Crown because they did not go to a disputed issue and did nothing to bolster the witness's reliability. Since the statements had no such value, there was no risk of the jury using them to draw impermissible inferences. [42] [44] [48]

Per Fish J. (dissenting): The outcome of this appeal depends on whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge not erred in admitting the witness's prior consistent statements. The burden in this regard rests on the Crown, and it has not been discharged in this case. The sole purpose of the evidence was to rehabilitate the witness — that is, to enhance her credibility — and Crown counsel, in this Court, was unable to provide any alternative explanation at all for the re-examination. It is entirely possible, if not probable, that the jury would have seen the substance of the re-examination as clearly relevant to a crucial factual issue: whether it was the accused who accompanied G in following the victim across the bridge. If the jury lent credence to the improperly admitted testimony of the witness that she had seen the victim cross the bridge, then it would have been obliged to reject the defence's critical proposition that the witness had in fact seen nobody cross the bridge. There was therefore a reasonable possibility that the impermissibly admitted evidence could have affected the verdict. Finally, the question whether a limiting instruction was required is entirely moot, since the erroneous admission of the evidence is alone sufficient to require a new trial. [52-55] [57] [60]

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. B. (A.J.)*, [1995] 2 S.C.R. 413; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1; *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. v. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311; *R. v. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26; *R. v. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120; *R. v.*

limitative est habituellement requise lorsque des déclarations antérieures compatibles sont admises, parce que la répétition risque de renforcer la fiabilité du témoin ou d'étayer le fait en cause. Toutefois, dans la situation inhabituelle visée en l'espèce, les déclarations antérieures compatibles n'ont pas été utiles au ministère public parce qu'elles ne portaient pas sur une question contestée et ne rehaussaient aucunement la fiabilité du témoin. Les déclarations n'ayant donc aucune valeur à cet égard, le jury ne risquait pas de les utiliser pour tirer une inférence inacceptable. [42] [44] [48]

Le juge Fish (dissident) : L'issue du pourvoi tient à la question de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur d'admettre les déclarations antérieures compatibles du témoin. Le fardeau à cet égard incombe au ministère public, qui ne s'en est pas acquitté en l'espèce. La preuve visait uniquement à réhabiliter le témoin — c'est-à-dire à en rehausser la crédibilité — et l'avocate du ministère public n'a été en mesure d'offrir à la Cour aucune autre explication au réinterrogatoire. Il est tout à fait possible, sinon probable, que le jury ait considéré la teneur du réinterrogatoire comme nettement pertinente pour l'appréciation d'une question de fait cruciale : est-ce bien l'accusée qui a accompagné G lorsque celui-ci a suivi la victime de l'autre côté du pont? S'il a ajouté foi au témoignage admis à tort dans lequel le témoin a affirmé avoir vu la victime traverser le pont, le jury était obligé de rejeter la proposition fondamentale de la défense voulant que le témoin n'ait en fait vu personne traverser le pont. Il existe donc une possibilité raisonnable que la preuve admise à tort ait pu influencer le verdict. Enfin, la question de savoir si une directive limitative était requise est entièrement théorique, puisque l'admission irrégulière de la preuve suffisait en soi pour exiger la tenue d'un nouveau procès. [52-55] [57] [60]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. B. (A.J.)*, [1995] 2 R.C.S. 413; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1; *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390; *R. c. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528; *R. c. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311; *R. c. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26; *R. c. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120; *R. c.*

G.M., [2000] O.J. No. 5007 (QL); *R. v. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Bevan, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Low, Chiasson and Frankel JJ.A.), 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59, 436 W.A.C. 59, 239 C.C.C. (3d) 233, 62 C.R. (6th) 274, [2008] B.C.J. No. 1689 (QL), 2008 CarswellBC 1877, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

John M. Gordon, Q.C., and *Mary T. Ainslie*, for the appellant.

Peter J. Wilson, Q.C., and *Brock Martland*, for the respondent.

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

[1] ABELLA J. — This appeal arises out of the third trial of Kelly Marie Ellard in connection with the tragic death of 14-year-old Reena Virk.

[2] Ms. Ellard was convicted of second degree murder. The Court of Appeal ordered a new trial because it concluded that the trial judge's failure to provide a limiting instruction on the use of certain prior consistent statements was a serious error. While admitting these statements may technically have been an error, in my view the statements had no probative value or impact in the context of this trial. The error was therefore a harmless one. In the circumstances, no limiting instruction was required.

G.M., [2000] O.J. No. 5007 (QL); *R. c. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Bevan, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Low, Chiasson et Frankel), 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59, 436 W.A.C. 59, 239 C.C.C. (3d) 233, 62 C.R. (6th) 274, [2008] B.C.J. No. 1689 (QL), 2008 CarswellBC 1877, annulant la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

John M. Gordon, c.r., et *Mary T. Ainslie*, pour l'appelante.

Peter J. Wilson, c.r., et *Brock Martland*, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE ABELLA — Le pourvoi découle du troisième procès subi par Kelly Marie Ellard par suite du décès tragique de Reena Virk, âgée de 14 ans.

[2] Madame Ellard a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que, selon elle, l'omission du juge de première instance de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation de certaines déclarations antérieures compatibles constituait une grave erreur. Bien que, d'un point de vue technique, l'admission de ces déclarations ait constitué une erreur, j'estime qu'elles n'avaient aucune valeur probante et n'ont eu aucun effet dans le contexte de ce procès. Il s'agissait donc d'une erreur inoffensive. Dans les circonstances, aucune directive limitative n'était requise.

Background

[3] On November 14, 1997, a number of teenagers congregated at the southern end of the Craigflower Bridge in Victoria, British Columbia. After an argument broke out, Ms. Virk was "swarmed" by a group of eight individuals. She was punched, kicked, and burned with a cigarette. At the end of the brutal assault, staggering from her injuries, she made her way to the northern side of the bridge where she was attacked a second time and forcibly drowned in the Gorge Waterway.

[4] Six of the individuals who participated in the initial "swarming" were prosecuted in youth court in February 1998 in what came to be known as the trial of the "Shoreline Six". Three of the six pleaded guilty to assault causing bodily harm. The other three were found guilty of the same offence following their trial.

[5] The prosecution for Ms. Virk's murder centred on two individuals, Ms. Ellard and Warren Glowatski, both of whom took part in the first assault and who, it was alleged, followed Ms. Virk over the bridge and caused her death. Mr. Glowatski was convicted in June 1999, and an appeal from his conviction was dismissed in November 2001.

[6] The prosecution of Ms. Ellard, on the other hand, has been protracted. Her first trial, in March 2000, resulted in a conviction which was overturned on appeal in February 2003. A second trial, held between June and July 2004, resulted in a mistrial.

[7] Ms. Ellard was again convicted by a jury at a third trial which took place from February to April 2005. The conviction resulted in an automatic sentence of life imprisonment. The trial judge, Bauman J., set Ms. Ellard's parole eligibility at seven years.

[8] The Crown's case rested in significant part on the testimony of Mr. Glowatski, who claimed

Contexte

[3] Le 14 novembre 1997, plusieurs adolescents étaient regroupés à l'extrémité sud du pont Craigflower à Victoria, en Colombie-Britannique. Une dispute a éclaté et huit personnes se sont jetées sur M^me^ Virk. Elles l'ont frappée à coups de poing et à coups de pied et brûlée avec une cigarette. Affaiblie par ses blessures, à la fin de cette agression brutale, elle a titubé jusqu'au côté nord du pont où elle a été attaquée une deuxième fois, puis noyée dans la voie navigable Gorge.

[4] Six jeunes filles qui avaient participé à la première agression (connues comme les « Shoreline Six ») ont été poursuivies devant le tribunal pour adolescents en février 1998. Trois d'entre elles ont reconnu leur culpabilité à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Les trois autres ont été déclarées coupables de la même infraction à l'issue d'un procès.

[5] Deux suspects se sont retrouvés au centre des poursuites judiciaires pour le meurtre de M^me^ Virk, soit M^me^ Ellard et Warren Glowatski, qui avaient participé à la première agression et qui, selon les allégations, avaient suivi M^me^ Virk sur le pont et causé sa mort. Monsieur Glowatski a été déclaré coupable en juin 1999 et l'appel de sa déclaration de culpabilité a été rejeté en novembre 2001.

[6] La poursuite contre M^me^ Ellard a quant à elle traîné en longueur. Son premier procès, en mars 2000, s'est soldé par une déclaration de culpabilité qui a été infirmée en appel en février 2003. Son deuxième procès, en juin et juillet 2004, a été annulé.

[7] Madame Ellard a de nouveau été déclarée coupable par un jury lors d'un troisième procès qui s'est déroulé du mois de février au mois d'avril 2005. Ce verdict a entraîné une peine automatique d'emprisonnement à perpétuité. Le juge Bauman, qui a présidé le procès, a fixé à sept ans le délai d'admissibilité de M^me^ Ellard à la libération conditionnelle.

[8] La preuve du ministère public reposait en grande partie sur le témoignage de M. Glowatski,

that Ms. Ellard participated in the final assault on Ms. Virk and ultimately drowned her in the Gorge Waterway.

[9] Another Crown witness was Marissa Bowles, who saw the initial assault. Her evidence at this third trial was that she had seen Ms. Ellard cross the Craigflower Bridge with Mr. Glowatski some time after she saw Ms. Virk cross.

[10] Ms. Ellard's lawyers argued that Ms. Bowles' memory, as well as that of many other witnesses, had been tainted by rampant rumours and speculation in the days following Ms. Virk's murder, and that this raised the possibility of involuntary collusion. In support of this position, they pointed to the fact that Ms. Bowles gave a sworn statement to the police on November 24, 1997, two days after the discovery of Ms. Virk's body, in which she stated that she had last seen Ms. Virk under the southern end of the Craigflower Bridge, sitting in the mud. She did not tell the police that she saw Ms. Virk cross the bridge, nor that she watched Ms. Ellard and Mr. Glowatski follow her across it.

[11] Ms. Bowles was cross-examined at length about the numerous inconsistencies between her trial testimony and her statements to the police, including her recollection about whether she had seen Ms. Virk or Ms. Ellard cross the bridge. The cross-examination also canvassed inconsistencies between her testimony at this trial and at Mr. Glowatski's trial, in particular relating to how far she had seen Ms. Virk proceed across the Craigflower Bridge.

[12] Following this cross-examination, the trial judge permitted the Crown to re-examine Ms. Bowles to show that she had made prior consistent statements at previous trials about having seen Ms. Virk cross the bridge. This ruling, along with the trial judge's failure to provide a limiting instruction about the use that could be made of the brief evidence elicited on re-examination, was at the heart of Ms. Ellard's appeal to the Court of Appeal.

selon lequel M^me^ Ellard avait participé à l'agression finale contre M^me^ Virk et l'avait finalement noyée dans la voie navigable Gorge.

[9] Le ministère public a aussi fait témoigner Marissa Bowles, qui avait assisté à l'agression initiale. Dans sa déposition au troisième procès, elle a affirmé avoir vu M^me^ Ellard traverser le pont Craigflower avec M. Glowatski peu après avoir vu M^me^ Virk le traverser.

[10] Les avocats de M^me^ Ellard ont soutenu que les souvenirs de M^me^ Bowles et de beaucoup d'autres témoins avaient été contaminés par les rumeurs et les suppositions qui ont circulé dans les jours suivant le meurtre de M^me^ Virk et qu'il en résultait une possibilité de collusion involontaire. À l'appui de cet argument, ils ont souligné le fait que, le 24 novembre 1997, deux jours après la découverte du corps de M^me^ Virk, M^me^ Bowles a déclaré sous serment aux policiers avoir vu M^me^ Virk pour la dernière fois assise dans la boue sous l'extrémité sud du pont Craigflower. Elle n'a pas dit aux policiers avoir vu M^me^ Virk traverser le pont ni avoir regardé M^me^ Ellard et M. Glowatski la suivre de l'autre côté du pont.

[11] Madame Bowles a été contre-interrogée en profondeur sur les nombreuses divergences entre son témoignage au procès et ses déclarations aux policiers, et notamment sur son souvenir d'avoir vu ou non M^me^ Virk ou M^me^ Ellard traverser le pont. Elle a aussi été contre-interrogée en détail sur les divergences entre ses témoignages au dernier procès de M^me^ Ellard et au procès de M. Glowatski, plus particulièrement quant à savoir jusqu'où elle avait vu M^me^ Virk traverser le pont Craigflower.

[12] À la suite de ce contre-interrogatoire, le juge du procès a autorisé le ministère public à réinterroger M^me^ Bowles afin de démontrer que, lors d'autres procès, elle avait fait des déclarations antérieures compatibles sur le fait qu'elle aurait vu M^me^ Virk traverser le pont. Cette décision, ainsi que l'omission du juge du procès de donner une directive limitative au jury au sujet de l'utilisation qu'il pouvait faire du bref témoignage obtenu en réinterrogatoire, étaient au cœur de l'appel formé par M^me^ Ellard devant la Cour d'appel.

[13] Two of Ms. Ellard's arguments on appeal — that the trial judge had erred in failing to instruct the jury about the possibility of collusion between various Crown witnesses, and that the jury had reached an unreasonable verdict — were unanimously rejected by the Court of Appeal.

[14] Each of the three members of the panel on appeal wrote reasons dealing with the admissibility of the prior consistent statements and the absence of a jury instruction limiting their use: 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59. The majority concluded that a new trial was warranted. Frankel J.A. was of the view that Ms. Bowles' prior consistent statements were inadmissible but that, having been admitted through re-examination, they required a limiting instruction on the use the jury could make of them. Chiasson J.A., concurring in the result, concluded that the trial judge's ruling on admissibility should be granted deference, but agreed with Frankel J.A. that he should have provided a limiting instruction.

[15] In dissent, Low J.A. concluded that there was no error in the failure to give the jury a limiting instruction, and therefore no need for a new trial.

[16] In my view, the prior consistent statements should not have been admitted through re-examination. Nonetheless, these statements were of no consequence and their admission could not in any way be said to have had an impact on the jury's deliberations. The error was therefore harmless. Nor, with respect, do I agree with the majority in the Court of Appeal that the trial judge was required to give the jury a limiting instruction regarding these statements. I would therefore allow the Crown's appeal and restore the conviction.

Analysis

[17] I agree with the unanimous conclusion of the Court of Appeal that the verdict was not

[13] La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité deux des moyens d'appel invoqués par M^me^ Ellard — soit l'erreur que le juge du procès aurait commise en ne donnant pas de directive au jury au sujet de la possibilité de collusion entre différents témoins du ministère public et le caractère déraisonnable du verdict.

[14] Chacun des trois juges qui ont entendu l'appel a rédigé des motifs traitant de l'admissibilité des déclarations antérieures compatibles et de l'absence d'une directive au jury limitant l'utilisation de ces déclarations : 2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59. La majorité a conclu qu'un nouveau procès était justifié. Le juge Frankel estimait que les déclarations antérieures compatibles de M^me^ Bowles étaient inadmissibles, mais que, comme elles avaient été admises dans le cadre du réinterrogatoire, le jury devait recevoir une directive au sujet de l'utilisation qu'il pouvait en faire. Le juge Chiasson, concourant quant au résultat, a conclu qu'il fallait faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès sur l'admissibilité des déclarations, mais il estimait, comme le juge Frankel, que le juge du procès aurait dû donner une directive limitative au jury.

[15] Le juge Low, dissident, a conclu que l'absence de directive limitative ne constituait pas une erreur et qu'il n'était donc pas nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[16] Selon moi, les déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises dans le cadre du réinterrogatoire. Néanmoins, ces déclarations n'ont pas porté à conséquence, et l'on ne saurait d'aucune façon affirmer que leur admission a eu une incidence sur les délibérations du jury. Il s'agit donc d'une erreur inoffensive. En toute déférence, je ne souscris pas non plus à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès devait donner au jury une directive limitative concernant ces déclarations. Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel du ministère public et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Analyse

[17] Je fais mienne la conclusion unanime de la Cour d'appel que le verdict n'était pas déraisonnable.

unreasonable. There was ample evidence on which a properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have convicted Ms. Ellard (*R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 186, and *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 36). That evidence included the following:

- Mr. Glowatski testified about Ms. Ellard's central role in Ms. Virk's murder.
- Three of the teenagers who initially attacked Ms. Virk described Ms. Ellard's role in the first assault.
- Ms. Bowles testified that she saw Ms. Ellard cross the bridge with Mr. Glowatski. Another witness described Ms. Ellard as looking as if she were about to cross it.
- Three witnesses observed two individuals walking back across the bridge. Two of them specifically recognized Ms. Ellard as one of the individuals.
- Two witnesses saw Ms. Ellard returning home after the attack. Her pants appeared wet and she made incriminating statements at that time.
- Eleven witnesses testified about statements Ms. Ellard made about her involvement in the second attack which resulted in the forcible drowning.
- A jacket worn by Ms. Ellard bore stains consistent with the salt water in which Ms. Virk drowned.

[18] I also agree with the Court of Appeal's unanimous conclusion that a limiting instruction on the possibility of collusion was not required.

[19] We are therefore left with the challenge to Ms. Bowles' prior consistent statements which were admitted through re-examination. In order to determine whether these statements were admissible or

Il existait suffisamment d'éléments de preuve pour qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement, puisse raisonnablement déclarer M^me^ Ellard coupable (*R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 186, et *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 36). La preuve comportait notamment les éléments suivants :

- Monsieur Glowatski a témoigné au sujet du rôle central joué par M^me^ Ellard dans le meurtre de M^me^ Virk.
- Trois des adolescents ayant participé à l'attaque initiale contre M^me^ Virk ont décrit le rôle joué par M^me^ Ellard dans cette agression.
- Madame Bowles a témoigné avoir vu M^me^ Ellard traverser le pont avec M. Glowatski. Un autre témoin a décrit M^me^ Ellard comme semblant être sur le point de le traverser.
- Trois témoins ont vu deux personnes revenir sur le pont. Deux d'entre eux ont expressément reconnu M^me^ Ellard comme étant l'une de ces personnes.
- Deux témoins ont vu M^me^ Ellard retourner chez elle après l'agression. Ses pantalons semblaient mouillés et elle a fait des déclarations incriminantes à ce moment-là.
- Onze témoins ont parlé de déclarations faites par M^me^ Ellard au sujet de sa participation à la deuxième agression qui a mené à la noyade.
- Des taches sur un blouson que portait M^me^ Ellard étaient compatibles avec l'eau salée dans laquelle M^me^ Virk est morte noyée.

[18] Je suis également d'accord avec la conclusion unanime de la Cour d'appel qu'il n'était pas nécessaire de donner une directive limitative sur la possibilité de collusion.

[19] Reste donc la contestation des déclarations antérieures compatibles de M^me^ Bowles qui ont été admises dans le cadre du réinterrogatoire. Pour déterminer si ces déclarations étaient admissibles

in need of a limiting instruction, it is important to look at the context in which they arose. After testifying that she saw Ms. Virk cross the Craigflower Bridge followed by Ms. Ellard and Mr. Glowatski, Ms. Bowles was subjected to an extensive cross-examination in which many inconsistencies between her initial statements to the police and her testimony at trial were canvassed, as the following exchange demonstrates:

Q. Okay, so on November 24th, then, you told the police the last time you saw Reena she was down in the mud, right?

A. Yes.

Q. And that's what you recall 10 days after the event, right?

A. Yes.

Q. You didn't tell the police that Kelly and Warren followed her, right?

A. Yes.

Q. You didn't tell the police that you had actually seen Reena herself on the bridge, right?

A. Yes.

. . .

Q. And you knew, you'll say now, that you saw Kelly and Warren go across the bridge?

A. Yes.

Q. And you knew that the last time you saw Reena she was actually walking across the bridge?

A. Yes.

Q. So why didn't you tell the police any of these things on November 24th?

A. I don't know.

Q. You don't know? I'm going to suggest to you, Ms. Bowles, it's because you didn't actually see Warren and Kelly walk across that bridge and that that is something that you've constructed over time from all the other things you've heard. Is that possible?

et si elles commandaient une directive limitative, il est important d'examiner le contexte dans lequel elles ont été faites. Après avoir déclaré avoir vu M^me^ Virk traverser la première le pont Craigflower, suivie par M^me^ Ellard et M. Glowatski, M^me^ Bowles a été soumise à un contre-interrogatoire approfondi au cours duquel plusieurs divergences entre ses déclarations initiales à la police et son témoignage au procès ont été examinées, comme le démontre l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q. D'accord, le 24 novembre, donc, vous avez dit à la police que la dernière fois que vous avez vu Reena elle était en bas, dans la boue, c'est exact?

R. Oui.

Q. Et c'est ce dont vous vous souvenez 10 jours après l'incident, c'est exact?

R. Oui.

Q. Vous n'avez pas dit à la police que Kelly et Warren la suivaient, c'est exact?

R. Oui.

Q. Vous n'avez pas dit à la police que vous aviez bel et bien vu Reena elle-même sur le pont, c'est exact?

R. Oui.

. . .

Q. Et vous saviez, vous le dites maintenant, que vous avez vu Kelly et Warren traverser le pont?

R. Oui.

Q. Et vous saviez que la dernière fois que vous avez vu Reena elle traversait le pont en marchant?

R. Oui.

Q. Alors, pourquoi n'avez-vous rien dit de tout cela à la police le 24 novembre?

R. Je ne sais pas.

Q. Vous ne savez pas? Et si je vous disais, M^me^ Bowles, que c'est parce que vous n'avez pas vraiment vu Warren et Kelly traverser le pont et que c'est une histoire que vous avez imaginée avec le temps à partir de tout ce que vous avez entendu. Est-ce possible?

A. No.

Q. Well, what did you mean, then, when you said to the police, "I didn't know where she was then, but I do now," or, "I didn't know where they were then but I do now?" What did that mean?

A. I don't know. [Emphasis added.]

[20] These were far from the only inconsistencies between her statements to police and her testimony at trial. Defence counsel continuously suggested that her memories of the events surrounding Ms. Virk's death had been reconstructed over time, including inconsistencies in how the initial fight leading to the assault broke out and how it progressed.

[21] Defence counsel also drew attention through the cross-examination to the fact that Ms. Bowles' evidence had changed substantially, not only between her conversation with the police in 1997 and her evidence at various trials, but also between trials. These changes included whether Ms. Bowles thought Ms. Ellard had been drinking on the evening of Ms. Virk's murder and how far she had watched Ms. Virk proceed across the Craigflower Bridge. This latter point was explored in the following exchange:

Q. So back in 1999 [at Mr. Glowatski's trial] you said you saw [Ms. Virk] go about 10 feet, right?

A. Yes.

. . .

Q. Okay, and that was under oath?

A. Yes.

Q. And that was true?

A. Yeah, it was an estimate.

. . .

R. Non.

Q. Bon, que vouliez-vous dire alors, lorsque vous avez dit à la police : « Je ne savais pas où elle était à ce moment-là, mais maintenant je le sais », ou « Je ne savais pas où ils étaient à ce moment-là, mais maintenant je le sais »? Qu'est-ce que ça voulait dire?

R. Je ne sais pas. [Je souligne.]

[20] Ce sont loin d'être les seules divergences entre ses déclarations aux policiers et son témoignage au procès. Les avocats de la défense n'ont cessé d'insinuer qu'elle avait reconstitué ses souvenirs des événements entourant le décès de M^me^ Virk avec le temps, soulignant notamment des contradictions concernant le déclenchement de la dispute à l'origine de l'agression initiale et le déroulement de celle-ci.

[21] Tout au long du contre-interrogatoire, les avocats de la défense ont aussi attiré l'attention sur le fait que la version des faits de M^me^ Bowles avait beaucoup changé, non seulement entre sa conversation avec les policiers en 1997 et son témoignage à différents procès, mais aussi entre les procès. Ces changements touchaient notamment la question de savoir si M^me^ Bowles pensait que M^me^ Ellard avait bu le soir du meurtre de M^me^ Virk et jusqu'où elle avait vu M^me^ Virk traverser le pont Craigflower. L'échange suivant porte sur cette dernière question :

[TRADUCTION]

Q. Donc, en 1999 [au procès de M. Glowatski], vous avez dit avoir vu [M^me^ Virk] franchir environ 10 pieds, c'est exact?

R. Oui.

. . .

Q. D'accord, et vous avez dit cela sous serment?

R. Oui.

Q. Et c'était la vérité?

R. Ouais, c'était une estimation.

. . .

Q. Okay, and you say today that you also saw Kelly and Warren go -- yesterday you told us three quarters of the way across that bridge?

A. Yes.

Q. In the dark?

A. Yes.

. . .

Q. So in . . . 1999 you can see only 10 feet, but you can see half to three quarters of the way across that bridge today in your memory? [Emphasis added.]

[22] After Ms. Bowles' cross-examination, the Crown sought to introduce prior consistent statements she had made at previous proceedings indicating that she had seen Ms. Virk cross the bridge. When the trial judge asked what the basis of the request was, the Crown replied: "What I'm going to put to this witness is that she said it [that she saw Ms. Virk cross the bridge] at every hearing that she's testified in." The trial judge then dismissed the jury and discussed the issue with counsel.

[23] Defence counsel explained her concerns over allowing the re-examination as follows:

And the last point is that my friend wants to go back to every single transcript where Ms. Bowles has testified and say, "Well, but you did tell them on this day, and you did tell them on that day." I didn't suggest to this witness that on those other occasions she didn't say it. . . . That is oath helping and if we're going to get into that, every inconsistency that is put to a witness in these proceedings, my friend can stand up and put in five or six consistent times when something was said, and that's, in my respectful submission, improper. I didn't suggest she didn't say it under oath at the last trial. [Emphasis added.]

[24] When the trial judge asked whether the statements could be admitted to rebut an allegation of recent fabrication, Ms. Ellard's counsel responded:

Q. D'accord, et vous affirmez aujourd'hui que vous avez également vu Kelly et Warren franchir -- hier, vous nous avez dit les trois quarts du pont?

R. Oui.

Q. Dans l'obscurité?

R. Oui.

. . .

Q. Donc, en [. . .] 1999 vous ne pouvez voir qu'à une distance de 10 pieds, mais aujourd'hui, dans vos souvenirs, vous pouvez voir jusqu'à la moitié ou jusqu'aux trois quarts de ce pont? [Je souligne.]

[22] Après le contre-interrogatoire de M^me^ Bowles, le ministère public a voulu présenter des déclarations antérieures compatibles qu'elle avait faites lors de poursuites précédentes et qui indiquaient qu'elle avait vu M^me^ Virk traverser le pont. Au juge du procès qui demandait quel était le fondement de cette demande, le ministère public a répondu : [TRADUCTION] « Ce que je veux montrer au témoin, c'est qu'elle l'a dit [qu'elle avait vu M^me^ Virk traverser le pont] à chacune des audiences où elle a témoigné. » Le juge du procès a alors invité le jury à se retirer et a discuté de la question avec les avocats.

[23] L'avocate de la défense a expliqué en ces termes ses préoccupations concernant la possibilité que le réinterrogatoire soit autorisé :

[TRADUCTION] En dernier lieu, ma collègue veut revenir sur chacune des transcriptions contenant une déposition de M^me^ Bowles, pour dire : « Bien, mais vous leur avez dit tel jour, puis vous leur avez dit tel autre jour. » Je n'ai pas tenté de faire dire au témoin que, les autres fois, elle ne l'avait pas dit. [. . .] Il s'agit là d'un témoignage justificatif et, si nous nous aventurons sur ce terrain, pour chaque divergence portée à l'attention d'un témoin dans la procédure actuelle, ma collègue peut se lever et faire valoir cinq ou six occasions où des choses compatibles ont été dites, ce qui, à mon humble avis, est inapproprié. Je n'ai pas insinué qu'elle ne l'avait pas dit sous serment lors du dernier procès. [Je souligne.]

[24] Lorsque le juge du procès a demandé si les déclarations pouvaient être admises pour réfuter une allégation de fabrication récente, l'avocate de M^me^ Ellard a répondu ceci :

I didn't suggest it was a recent fabrication. She said, in 1997, she didn't remember this. I didn't put to this witness, "You just remembered that today." I put [it] to her she's never remembered it at all.

[25] Defence counsel also pointed out that the jury had already heard that Ms. Bowles had testified in a prior proceeding about having seen Ms. Virk cross the bridge. This was brought out during her cross-examination in which Ms. Bowles was asked about her prior evidence relating to having seen Ms. Virk cross the bridge for only a short distance. This evidence stood in marked contrast to her testimony at this trial in which she claimed to have seen Ms. Virk cross for a significantly greater distance. Defence counsel therefore submitted the following to the trial judge:

. . . my friend is saying, "I want to mention that in Glowatski's trial, you did testify she went across the bridge." Well, we all know that because I put that paragraph to her. So my friend's wanting to go through these various times that she's testified and say, "Well, you did say it on this occasion, and that." I think my friend now, just in her submission, has assisted the defence objection here because I was putting to her that she didn't tell the police about this. That was my point, and that was what she agreed to. I didn't suggest that she didn't tell the court on any other occasion about this. And by, in fact, as I said, bringing up the Glowatski [trial] passage, it's been brought to their attention. So it's not -- I don't think it's something that really should be allowed for. [Emphasis added.]

[26] The Crown's counter-argument was:

Well, it went further, My Lord, because then at the very end, it was put to her that she didn't see them go across the bridge, so it goes a bit further.

[27] After these submissions, and relying on *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at p. 643, the trial judge concluded that an express allegation of recent fabrication need not necessarily be made out before a rebuttal is permitted. He therefore allowed

[TRADUCTION] Je n'ai pas insinué qu'il s'agissait d'une fabrication récente. Elle a dit, en 1997, qu'elle ne s'en souvenait pas. Je n'ai pas dit au témoin : « Vous venez juste de vous en souvenir aujourd'hui. » Je lui ai dit qu'elle ne s'en est jamais souvenu.

[25] L'avocate de la défense a également indiqué que le jury savait déjà, pour l'avoir entendu, que M^me^ Bowles avait témoigné lors d'une poursuite antérieure sur le fait qu'elle aurait vu M^me^ Virk traverser le pont. Cela a notamment été dévoilé pendant le contre-interrogatoire de M^me^ Bowles, lorsqu'on lui a posé des questions sur son témoignage antérieur concernant le fait qu'elle n'avait vu M^me^ Virk franchir qu'une courte distance sur le pont. Ce témoignage contrastait nettement avec sa déposition au dernier procès de M^me^ Ellard, dans lequel elle disait l'avoir vue franchir une distance beaucoup plus longue. L'avocate de la défense a fait l'observation suivante au juge du procès :

[TRADUCTION] . . . ma collègue dit : « Je veux mentionner que, lors du procès de M. Glowatski, vous avez déclaré qu'elle a traversé le pont. » Bien, nous le savons tous parce que je lui ai rappelé ces propos. Ma collègue souhaite donc revenir sur les différentes fois où elle a témoigné, et dire : « Bien, vous l'avez dit à cette occasion et à telle autre. » Je pense que ma collègue, simplement par son observation, alimente l'objection de la défense en l'espèce parce que je lui ai signalé qu'elle n'avait rien dit à la police à ce sujet. C'est ce que je voulais démontrer, et c'est ce qu'elle a reconnu. Je n'ai pas insinué qu'à aucune autre occasion elle n'en avait parlé au tribunal. Et en fait, comme je l'ai dit, en mentionnant l'extrait [du procès] Glowatski, cela a été porté à leur attention. Ce n'est donc pas -- je ne crois pas que ce soit quelque chose qui devrait vraiment être autorisé. [Je souligne.]

[26] En contre-argument, le ministère public a fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Bien, c'est allé plus loin, votre Seigneurie, parce que, à la fin, on lui a dit qu'elle ne les avait pas vus traverser le pont, cela va donc un peu plus loin.

[27] Après ces observations, et s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 643, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la fabrication récente soit expressément alléguée pour qu'une contre-preuve soit autorisée. Il

re-examination on Ms. Bowles' prior testimony about having seen Ms. Virk cross the bridge.

[28] The re-examination, almost in its entirety, consisted of the following exchange:

Q. There were some passages put to you, Marissa, from your evidence at Warren Glowatski's trial through your cross-examination, correct?

A. Yes.

Q. At Warren Glowatski's trial you testified for the Crown?

A. Yes.

. . .

Q. I want to talk to you a little bit. You've been cross-examined at some length about how far you can see over the Craigflower Bridge and there was a passage put to you. Let me just find it here and that was from Warren Glowatski's trial, I believe. Just a second. First of all, let me do it this way. You were asked a lot about whether you actually saw Reena Virk get up and walk across the bridge and how far you could see her, correct?

A. Yes.

. . .

Q. Ms. Bowles, when we broke, I was asking you -- well, I was asking you about the statement that was put to you during your cross-examination where you told the police that you -- where you didn't tell the police about Reena going over the bridge, correct?

A. Yeah.

Q. Let me just get another book here. You testified in what we call the "Shoreline 6" trials that included [G.O.] and [C.K.] and [N.P.] on -- for the Crown on February 10th, 1998; do you remember that?

A. Yes.

Q. And on that date -- sorry, you had a chance to go through the transcript of that?

a donc permis le réinterrogatoire de M^me^ Bowles sur son témoignage au sujet du fait qu'elle aurait vu M^me^ Virk traverser le pont.

[28] Voici, presque intégralement, la teneur du réinterrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Certains extraits de votre témoignage au procès de Warren Glowatski vous ont été soumis, Marissa, au cours du contre-interrogatoire, c'est exact?

R. Oui.

Q. Au procès de Warren Glowatski, vous avez témoigné pour la poursuite?

R. Oui.

. . .

Q. Je veux vous parler un peu. Vous avez été contre-interrogée assez longuement au sujet de la distance à laquelle vous pouvez voir sur le pont Craigflower et un extrait vous a été soumis. Laissez-moi juste le trouver, et il provient du procès de Warren Glowatski, je crois. Une seconde. Premièrement, allons-y comme ceci. On vous a longuement questionnée quant à savoir si vous aviez vraiment vu Reena Virk se lever et traverser le pont et à quelle distance vous pouviez la voir, c'est exact?

R. Oui.

. . .

Q. Madame Bowles, lorsque nous nous sommes arrêtés, je vous demandais -- bien, je vous demandais, au sujet de la déclaration qui vous a été soumise au cours du contre-interrogatoire où vous avez dit à la police que vous -- où vous n'avez pas parlé à la police du fait que Reena avait traversé le pont, c'est exact?

R. Ouais.

Q. Laissez-moi juste prendre un autre volume. Vous avez déclaré, dans le cadre de ce que nous appelons les procès des « Shoreline 6 », et notamment de [G.O.] et [C.K.] et [N.P.] le -- pour la poursuite, le 10 février 1998; vous vous en rappelez?

R. Oui.

Q. Et à cette date -- désolée, vous avez eu l'occasion de lire la transcription?

A. Yes.

Q. And on that date did you testify about Reena going across the bridge?

A. Yes.

Q. You testified for the Crown in the trial against Warren Glowatski on April 15th, 1999?

A. Yes.

Q. You've had a chance to go through your transcript?

A. Yeah.

Q. And on that occasion did you testify that you saw Reena Virk walking across the bridge?

A. Yeah.

Q. You testified in other proceedings involving Ms. Ellard?

A. Yes.

Q. And have you had a chance to go through your transcripts?

A. Yes.

Q. And have you testified previously in Ellard trials that you saw Reena Virk walking across the bridge?

A. Yes.

[29] As is clear, the only information that Ms. Bowles confirmed on re-examination was that on a number of prior occasions, she had testified about having seen Ms. Virk cross the bridge, an undisputed fact at the trial. She made no reference to seeing *Ms. Ellard* cross the bridge. Nor did she say anything that addressed any of the other inconsistencies in her evidence which had been brought out in her cross-examination.

[30] The re-examination received little attention in Crown counsel's closing submissions, and was only briefly described, without objection from defence counsel, in the jury charge. There was no instruction to the jury limiting the use it could make of Ms. Bowles' prior consistent statements, nor was one sought by the defence at any time.

R. Oui.

Q. Et à cette date, avez-vous témoigné sur le fait que Reena avait traversé le pont?

R. Oui.

Q. Vous avez témoigné pour la poursuite au procès de Warren Glowatski le 15 avril 1999?

R. Oui.

Q. Vous avez eu l'occasion de lire la transcription?

R. Ouais.

Q. Et à cette occasion, avez-vous déclaré que vous aviez vu Reena Virk traverser le pont en marchant?

R. Ouais.

Q. Vous avez témoigné dans le cadre d'autres procédures visant M^me^ Ellard?

R. Oui.

Q. Et avez-vous eu l'occasion de lire la transcription?

R. Oui.

Q. Et avez-vous déjà déclaré lors des procès de M^me^ Ellard que vous aviez vu Reena Virk traverser le pont en marchant?

A. Oui.

[29] Il est clair que tout ce que M^me^ Bowles a confirmé lors de son réinterrogatoire c'est qu'elle a témoigné à plusieurs reprises sur ce qu'elle a vu concernant le fait, non contesté au procès, que M^me^ Virk a traversé le pont. Elle n'a pas mentionné avoir vu *M^me^ Ellard* traverser le pont. Elle n'a pas mentionné quoi que ce soit non plus au sujet de l'une ou l'autre des contradictions rélevées lors de son contre-interrogatoire.

[30] L'avocate de la poursuite a accordé peu d'attention au réinterrogatoire dans sa plaidoirie finale et ce réinterrogatoire n'a été décrit que brièvement, sans objection des avocats de la défense, dans l'exposé au jury. Le jury n'a reçu aucune directive limitant l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles de M^me^ Bowles et la défense n'a jamais demandé qu'une telle directive lui soit donnée.

[31] Having described the relevant context, the first issue is whether Ms. Bowles' prior statements were admissible through re-examination. It is true that prior consistent statements are presumptively inadmissible (*R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at pp. 409-10, and *R. v. Stirling*, 2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272, at para. 5). The rationale for excluding them is that repetition does not, and should not be seen to, enhance the value or truth of testimony. Because there is a danger that similar prior statements, particularly ones made under oath, could *appear* to be more credible to a jury, they must be treated with caution.

[32] Certain exceptions have nevertheless developed in the jurisprudence. In particular, where a party has made an allegation of recent fabrication, the opposing party can rebut the allegation by introducing prior statements made *before* the alleged fabrication arose, that are consistent with the testimony at trial. The allegation need not be express. It is enough if "in light of the circumstances of the case and the conduct of the trial, the apparent position of the opposing party is that there has been a prior contrivance" (*Evans*, at p. 643; see also *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3, at p. 24).

[33] To be "recent", the fabrication need only have been made after the event testified about (*Stirling*, at para. 5). A mere contradiction in the evidence is not enough to engage the recent fabrication exception. However, a "fabrication" can include being influenced by outside sources (*R. v. B. (A.J.)*, [1995] 2 S.C.R. 413). To rebut an allegation of recent fabrication, it is necessary to identify statements made prior to the existence of a motive or of circumstances leading to fabrication. In all cases, the timing of the prior consistent statements will be central to whether they are admissible.

[34] In this case, the statements put to Ms. Bowles on re-examination were not made prior to

[31] À partir de cette description du contexte pertinent, il faut maintenant trancher la première question en litige en déterminant si les déclarations antérieures de M^me^ Bowles pouvaient être admises dans le cadre du réinterrogatoire. Il est vrai que les déclarations antérieures compatibles sont présumées inadmissibles (*R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, p. 409-410, et *R. c. Stirling*, 2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272, par. 5). Le raisonnement justifiant l'exclusion de ces déclarations est que la répétition ne renforce pas la valeur ou la véracité d'un témoignage et ne doit pas être considérée comme telle. Parce qu'il existe un risque que des déclarations antérieures similaires, particulièrement celles faites sous serment, puissent *sembler* plus crédibles à un jury, elles doivent être traitées avec prudence.

[32] Certaines exceptions se dégagent néanmoins de la jurisprudence. Plus particulièrement, lorsqu'une partie allègue la fabrication récente, la partie adverse peut réfuter cette allégation en produisant des déclarations antérieures qui ont été faites *avant* la prétendue fabrication et qui sont compatibles avec le témoignage offert au procès. Il n'est pas nécessaire que l'allégation soit expresse. Il suffit, « compte tenu des circonstances de l'affaire et du déroulement du procès, que la position apparente de la partie adverse soit qu'il y a eu invention » (*Evans*, p. 643; voir aussi *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3, p. 24).

[33] Pour être « récente », il suffit que la fabrication soit postérieure à l'événement visé par le témoignage (*Stirling*, par. 5). Une simple contradiction dans la preuve n'est pas suffisante pour donner ouverture à l'exception fondée sur la fabrication récente. Toutefois, la « fabrication » peut inclure le fait d'avoir été influencé par des sources extérieures (*R. c. B. (A.J.)*, [1995] 2 R.C.S. 413). Pour réfuter une allégation de fabrication récente, il faut identifier les déclarations faites avant que n'existent un mobile ou des circonstances conduisant à la fabrication. Dans tous les cas, le moment des déclarations antérieures compatibles sera déterminant quant à leur admissibilité.

[34] En l'espèce, les déclarations présentées à M^me^ Bowles en réinterrogatoire n'ont pas été faites

the atmosphere of rumour and speculation that the defence claimed had led to her changed memory. As a result, their timing prevented them from being capable of rebutting an allegation of recent fabrication. The trial judge therefore erred in ruling that the re-examination was permissible on the basis of this exception.

[35] There was, however, no reasonable possibility that this error had any impact on the verdict. The fact that Ms. Bowles had previously testified about seeing Ms. Virk cross the bridge was already before the jury. And it was an accepted fact at the trial that Ms. Virk did so. Whether or not Ms. Bowles claimed to have seen her crossing the bridge, therefore, had no bearing on a disputed issue. The re-examination did nothing to address the real question, namely whether Ms. Bowles had seen *Ms. Ellard* cross the bridge with Mr. Glowatski, in pursuit of Ms. Virk. That was the issue on which Ms. Bowles had been subjected to an extensive cross-examination which seriously impugned the reliability of her evidence.

[36] The inconsistencies in Ms. Bowles' evidence were emphasized throughout the trial. The trial judge's review of Ms. Bowles' evidence, in fact, concluded with the following summary of those inconsistencies:

> Again, she agreed that she told police on November 24 that she last saw Reena Virk, she was down in the mud, that she did not tell police that Kelly Ellard and Warren Glowatski followed her across the bridge, that she did not tell police that Warren Glowatski washed his clothes the next day, at Syreeta Hartley's. She didn't know why she didn't tell the police these things. She denied that it was because she did not see them and constructed them over time from what she heard.
>
> On re-examination, she was asked if she gave evidence at the Shoreline Six trial and in other proceedings involving Kelly Ellard. She said that she did and that each time she testified to the effect that she saw Reena Virk going across the bridge that night. [Emphasis added.]

avant que ne s'installe le climat de rumeurs et de suppositions que la défense prétend à l'origine des changements dans ses souvenirs. Compte tenu du moment où elles ont été faites, elles ne peuvent donc pas réfuter une allégation de fabrication récente. Par conséquent, le juge du procès a commis une erreur en autorisant le réinterrogatoire sur le fondement de cette exception.

[35] Toutefois, il n'était pas raisonnablement possible que son erreur ait quelque incidence que ce soit sur le verdict. Le jury savait déjà que M^me^ Bowles avait témoigné auparavant sur le fait qu'elle aurait vu M^me^ Virk traverser le pont. Et, au procès, tous ont convenu que M^me^ Virk l'avait bel et bien traversé. Le fait que M^me^ Bowles ait déclaré ou non l'avoir vue traverser le pont ne pouvait donc avoir aucun effet sur une question litigieuse. Le réinterrogatoire n'a rien apporté en ce qui concerne la véritable question qui se posait, soit celle de savoir si M^me^ Bowles avait vu *M^me^ Ellard* traverser le pont avec M. Glowatski à la suite de M^me^ Virk. C'est là le point sur lequel M^me^ Bowles a subi un contre-interrogatoire approfondi qui a porté un dur coup à la fiabilité de son témoignage.

[36] Les incohérences dans l'ensemble du témoignage de M^me^ Bowles ont été mises en relief tout au long du procès. Après avoir passé en revue le témoignage de M^me^ Bowles, le juge du procès a conclu en résumant ainsi ces divergences :

> [TRADUCTION] Encore une fois, elle a reconnu avoir dit aux policiers le 24 novembre que la dernière fois où elle a vu Reena Virk, celle-ci était assise dans la boue, ne pas avoir dit aux policiers que Kelly Ellard et Warren Glowatski l'avaient suivie de l'autre côté du pont, ne pas avoir dit aux policiers que Warren Glowatski a lavé ses vêtements le lendemain, à Syreeta Hartley's. Elle ne savait pas pourquoi elle n'a pas parlé de ces éléments aux policiers. Elle a nié la possibilité que ce soit parce qu'elle ne les avait pas vus et qu'elle les avait imaginés avec le temps à partir de tout ce qu'elle avait entendu.
>
> En réinterrogatoire, on lui a demandé si elle avait témoigné lors du procès des « Shoreline Six » et dans d'autres instances concernant Kelly Ellard. Elle a répondu oui et affirmé avoir témoigné, chaque fois, qu'elle a vu Reena Virk traverser le pont ce soir-là. [Je souligne.]

[37] In closing submissions, defence counsel also emphasized the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence, stating "I wouldn't call her a liar, but can you have any trust in what she remembers anymore?", and drew renewed attention to the discrepancy between her report to the police and her testimony at trial.

[38] In summarizing the theory of the defence, the trial judge also reminded the jury of the problems with Ms. Bowles' reliability as follows:

> The defence questions the reliability of witnesses who gave one version of events in their original statements and another version later. In particular, the evidence given by Chelsea Green seven-and-a-half years after the fact, and Melissa [*sic*] Bowles about seeing Kelly Ellard on the bridge was very different from what they originally told the police. [Emphasis added.]

[39] The jury would therefore necessarily have known and appreciated that nothing in the re-examination in any way repaired the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence as a whole. It may have been, as Chiasson J.A. suggested, that the Crown intended to bolster Ms. Bowles' reliability generally through the re-examination, but that was not its result. The central inconsistencies between Ms. Bowles' statements to the police and those she made at this trial, as well as her inconsistencies between trials, were not addressed in the re-examination in any way. Consequently, because her prior consistent statements were unresponsive to the defence's contention that she had reconstructed her memory over time, the re-examination did nothing to ameliorate Ms. Bowles' reliability. The jury, because it would have been well aware of the inconsistencies in Ms. Bowles' evidence, would also necessarily have understood that nothing in the brief re-examination explained, corrected, or even addressed them.

[40] For these reasons, the error in admitting the statements is amenable to an application of the curative proviso in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The proviso can generally be used either where the error is harmless, or,

[37] Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a aussi mis en relief les divergences dans le témoignage de M^me^ Bowles : [TRADUCTION] « Je ne la traiterais pas de menteuse, mais pouvez-vous encore croire à ce dont elle se souvient? » Puis, il a attiré l'attention sur les contradictions entre ce qu'elle avait déclaré aux policiers et son témoignage au procès.

[38] Lorsqu'il a résumé la thèse de la défense, le juge du procès a aussi rappelé au jury les problèmes de fiabilité liés au témoignage de M^me^ Bowles :

> [TRADUCTION] La défense met en doute la fiabilité des témoins qui ont donné une version des faits dans leurs déclarations initiales et une version différente plus tard. En particulier, le témoignage offert par Chelsea Green sept ans et demi après les événements et celui de Melissa [*sic*] Bowles quant à savoir si elles ont vu Kelly Ellard sur le pont étaient très différents de ce qu'elles avaient dit aux policiers à l'origine. [Je souligne.]

[39] Par conséquent, le jury devait nécessairement savoir et comprendre que le réinterrogatoire ne résolvait en rien les contradictions dans l'ensemble du témoignage de M^me^ Bowles. Il se peut, comme l'a laissé entendre le juge Chiasson de la Cour d'appel, que le ministère public ait voulu rehausser la fiabilité générale de M^me^ Bowles en la réinterrogeant, mais ce n'est pas ce qu'il a réussi à faire. Le réinterrogatoire n'a d'aucune façon abordé les principales contradictions entre les déclarations de M^me^ Bowles aux policiers et son témoignage au procès, ni les divergences entre ses dépositions aux différents procès. Ses déclarations antérieures compatibles ne répondant pas à la prétention de la défense qu'elle avait reconstitué ses souvenirs avec le temps, le réinterrogatoire n'a augmenté en rien la fiabilité de M^me^ Bowles. Le jury, qui était bien au fait des divergences dans le témoignage de M^me^ Bowles, a nécessairement compris aussi que le bref réinterrogatoire ne les a ni expliquées, ni corrigées, ni même abordées.

[40] Pour ces motifs, l'erreur que le juge du procès a commise en admettant les déclarations peut donner lieu à une application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Cette disposition peut

if serious, is counterbalanced by evidence so overwhelming against the accused that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted. Since I see the trial judge's error in permitting the re-examination as a harmless one, I would therefore apply the proviso. (See *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26, and *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239, at paras. 80-81.)

[41] This leaves us with whether a limiting instruction was necessary to explain the use the jury could make of the evidence elicited on re-examination. Lamer C.J. in *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at paras. 2 and 62, confirmed that in reviewing jury charges, "[t]he purpose . . . is to ensure that juries are properly — not perfectly — instructed."

[42] As previously noted, because there is a danger that the repetition of prior consistent statements may bolster a witness's reliability, a limiting instruction will almost always be required where such statements are admitted. The purpose of such an instruction is to tell the jury that consistency is not the same as accuracy, and that the statements can only be used to rebut the allegation of recent fabrication, not to support the fact at issue or the general reliability of the witness. (See *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, *per* McLachlin J.; *R. v. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1 (C.A.), at pp. 20-21; *R. v. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (Ont. C.A.), at para. 31; *R. v. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528 (Ont. C.A.), at p. 533; and *R. v. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311 (Ont. C.A.), at p. 330.)

[43] Delineated exceptions to the generally stringent rule have emerged, some of which were canvassed in *R. v. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26 (Ont. C.A.), at para. 22. These include situations where the defence itself relies on the prior statement, *R. v. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120 (Ont. C.A.), at paras. 62-63; where the prior statement was not offered as proof of the underlying fact, *R. v. G.M.*, [2000] O.J. No. 5007 (QL) (C.A.);

généralement s'appliquer soit lorsque l'erreur est inoffensive soit, si l'erreur est grave, lorsqu'elle est contrebalancée par une preuve si accablante contre l'accusé qu'on peut conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit. Comme l'erreur qu'a commise le juge du procès en permettant le réinterrogatoire était selon moi inoffensive, je suis d'avis d'appliquer la disposition réparatrice. (Voir *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26, et *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239, par. 80-81.)

[41] Il reste donc à déterminer si une directive limitative était nécessaire pour expliquer au jury l'utilisation qu'il pouvait faire du témoignage obtenu en réinterrogatoire. Dans *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 2 et 62, le juge en chef Lamer a confirmé que l'examen des exposés au jury « a pour but d'assurer que les jurys reçoivent des directives appropriées et non pas des directives parfaites ».

[42] Comme je l'ai mentionné précédemment, la répétition de déclarations antérieures compatibles risquant de renforcer la fiabilité d'un témoin, une directive limitative sera presque toujours requise lorsque de telles déclarations sont admises. Cette directive vise à souligner au jury la différence entre la cohérence et l'exactitude, et à lui faire comprendre que ces déclarations ne peuvent servir qu'à réfuter l'allégation de fabrication récente et non à étayer le fait en cause ou la fiabilité générale du témoin. (Voir *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, la juge McLachlin; *R. c. Fair* (1993), 16 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 20-21; *R. c. Divitaris* (2004), 188 C.C.C. (3d) 390 (C.A. Ont.), par. 31; *R. c. A. (J.)* (1996), 112 C.C.C. (3d) 528 (C.A. Ont.), p. 533; et *R. c. Codina* (1995), 95 C.C.C. (3d) 311 (C.A. Ont.), p. 330.)

[43] Des exceptions bien définies à cette règle générale rigoureuse ont vu le jour. Certaines de ces exceptions ont été examinées dans *R. c. Demetrius* (2003), 179 C.C.C. (3d) 26 (C.A. Ont.), par. 22. Parmi les situations visées, citons celles où la défense elle-même s'appuie sur la déclaration antérieure, *R. c. S. (P.)* (2000), 144 C.C.C. (3d) 120 (C.A. Ont.), par. 62-63; où la déclaration antérieure n'a pas été offerte à titre de preuve du fait

or where the concern over self-corroboration and thereby bolstering the witness's reliability is not present, *R. v. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178. (See also David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 501.)

[44] As indicated earlier in these reasons, I accept that the prior consistent statements should not have been admitted. However, because the statements did not address the defence theory that Ms. Bowles' memory had been reconstructed from rumour and speculation, their admission was harmless. For similar reasons, I am not persuaded that the absence of a limiting instruction in this case amounted to legal error. The evidence elicited on re-examination added nothing to what the jury already had before it. By the end of the cross-examination, the jury already knew that Ms. Bowles' evidence at a previous trial included the fact that she had seen Ms. Virk cross the bridge. The re-examination contained no new information of any kind, let alone any evidence that could have undermined the defence's position or bolstered the reliability of Ms. Bowles' testimony generally.

[45] The defence also suggested that a question from the jury during its deliberations showed that it considered Ms. Bowles' evidence to be significant. This may well be true, but it is of no assistance on the question before us in this appeal. The question was: "We would also like to hear Marissa Bowles all testimony [*sic*] relating to seeing Reena [Virk] coming up the stairs and seeing Warren [Glowatski] & Kelly [Ellard] cross the bridge." The relevant testimony was played for the jury in full, and it heard all of Ms. Bowles' evidence about seeing Ms. Virk, Ms. Ellard and Mr. Glowatski during the night in question, including defence counsel's cross-examination.

[46] It is difficult to see the relationship between this question and how the jury was likely to interpret the anodyne evidence elicited on re-examination.

sous-jacent, *R. c. G.M.*, [2000] O.J. No. 5007 (QL) (C.A.); et où il n'y a pas de risque d'autocorroboration et, partant, de renforcement de la fiabilité du témoin, *R. c. Clark* (1995), 87 O.A.C. 178. (Voir aussi David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 501.)

[44] Comme je l'ai mentionné plus tôt, je reconnais que les déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises. Toutefois, comme ces déclarations ne répondent pas à la thèse de la défense selon laquelle Mme Bowles a reconstitué ses souvenirs à partir des rumeurs et des suppositions, leur admission ne portait pas à conséquence. Pour les mêmes raisons, je ne suis pas convaincue que l'absence de directive limitative en l'espèce constitue une erreur de droit. La preuve obtenue lors du réinterrogatoire n'a rien ajouté aux éléments dont le jury disposait déjà. À la fin du contre-interrogatoire, le jury savait que Mme Bowles avait déjà témoigné, lors d'un procès, avoir vu Mme Virk traverser le pont. Le réinterrogatoire n'a absolument rien révélé de nouveau, et encore moins quoi que ce soit qui aurait pu affaiblir la position de la défense ou renforcer la fiabilité du témoignage de Mme Bowles en général.

[45] La défense a aussi fait valoir qu'une demande faite par le jury pendant ses délibérations démontre qu'il attachait de l'importance au témoignage de Mme Bowles. C'est peut-être le cas, mais cela n'est d'aucune utilité pour ce qui est de la véritable question en litige. La demande était formulée ainsi : [TRADUCTION] « Nous aimerions également entendre tout le témoignage de Marissa Bowles concernant la question de savoir si elle a vu Reena [Virk] monter l'escalier et Warren [Glowatski] et Kelly [Ellard] traverser le pont. » On a fait écouter le témoignage pertinent dans son intégralité aux jurés. Ils ont entendu la totalité du témoignage de Mme Bowles sur ce qu'elle a vu Mme Virk, Mme Ellard et M. Glowatski faire cette nuit-là, y compris son contre-interrogatoire par l'avocat de la défense.

[46] On voit difficilement le lien entre cette demande et la façon dont le jury était susceptible d'interpréter la preuve anodine obtenue lors du

There is no doubt that jury questions can be revealing, but I do not see this particular request as taking the analysis in any particular direction. And I certainly do not see it as indicating that the jury considered Ms. Bowles' evidence to be more reliable as a whole because she had testified in a consistent manner about the undisputed fact that Ms. Virk crossed the bridge. There is in any event the possibility that had an instruction about the use the jury could make of the erroneously admitted statements been given, it would only have served to emphasize them.

[47] It is notable too that Ms. Ellard's counsel failed to ask for a limiting instruction, either at the time of the charge or when the jury asked to re-hear Ms. Bowles' evidence. Such a failure is, of course, not determinative, and the responsibility for the jury charge ultimately falls on the trial judge. Nevertheless, experienced defence counsel, clearly committed to their clients' best interests, heard all of the evidence and arguments, yet saw no need for an instruction. Their failure to seek one in this case is an accurate reflection of the insignificance of the substance and impact of the evidence elicited on re-examination. (See *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at pp. 142-43, and *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 80.)

[48] In the unusual circumstances of this case therefore, where the prior consistent statements were of virtually no assistance to the Crown nor of any harm to the defence, there was no real risk that the jury would use these statements to draw any impermissible inference. No limiting instruction was therefore required to explain to the jury that they should ignore the impact-free repetition they heard in re-examination.

[49] I would therefore allow the appeal and restore Ms. Ellard's conviction.

réinterrogatoire. Les demandes du jury peuvent certes être révélatrices mais, selon moi, la demande particulière dont il est question ici n'oriente pas l'analyse dans un sens ou dans l'autre. Et je ne la perçois assurément pas comme une indication que le jury a attribué une plus grande fiabilité aux dires de M^me^ Bowles dans leur ensemble parce que son témoignage est demeuré constant en ce qui a trait au fait, non contesté, que M^me^ Virk a traversé le pont. Quoi qu'il en soit, si le jury avait reçu une directive au sujet de l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations antérieures compatibles admises à tort, il aurait été possible que cette directive ne serve qu'à les mettre en relief.

[47] Il importe de noter que les avocats de M^me^ Ellard n'ont jamais demandé une directive limitative, que ce soit au moment de l'exposé au jury ou lorsque le jury a demandé à entendre de nouveau le témoignage de M^me^ Bowles. Pareille omission n'est certes pas déterminante, et c'est le juge du procès qui est responsable en définitive de l'exposé au jury. Néanmoins, des avocats d'expérience, manifestement soucieux de servir au mieux l'intérêt de leur cliente, ont entendu la totalité de la preuve et des plaidoiries et n'ont pas jugé pareille directive nécessaire. Le fait qu'ils n'aient pas exigé de directive dénote bien l'importance négligeable de la teneur et de l'effet de la preuve obtenue lors du réinterrogatoire. (Voir *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 142-143; et *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 80.)

[48] Dans la situation particulière dont nous sommes saisis, où les déclarations antérieures compatibles n'ont guère été utiles au ministère public et n'ont aucunement nui à la défense, le jury ne risquait pas réellement d'utiliser ces déclarations pour en tirer une inférence inacceptable. Il n'était donc pas nécessaire de donner une directive limitative au jury pour lui expliquer qu'il ne devait pas tenir compte de la répétition, sans conséquence, qui lui avait été présentée lors du réinterrogatoire.

[49] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de M^me^ Ellard.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[50] With respect for those who see the matter differently, I would dismiss the appeal and affirm the decision of the Court of Appeal ordering a new trial (2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59). My conclusion rests essentially on the reasons given by Frankel J.A., speaking for the majority in the Court of Appeal, but I do wish to add brief reasons of my own.

II

[51] In its re-examination of Marissa Bowles, the Crown adduced evidence of her prior consistent statements. That was the entire scope of the re-examination. Ms. Bowles was an important Crown witness. There is no dispute that the prior consistent statements should not have been admitted.

[52] The outcome of this appeal therefore depends on whether "there is any reasonable possibility that the verdict would have been different" had the trial judge not erred in admitting the impugned evidence: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617. The burden in this regard is, of course, on the Crown. And it is a heavy burden indeed. In my view, that burden has not been discharged in this case.

III

[53] The improperly admitted evidence was elicited by the Crown immediately after a withering cross-examination by defence counsel. Its sole purpose was to "rehabilitate" the witness — that is, to enhance Ms. Bowles' credibility. Indeed, at the hearing in this Court, Crown counsel was unable to provide *any alternative explanation at all* for the re-examination. And if that was the Crown's purpose, nothing permits us to assume that it could not possibly have had that effect.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[50] Avec égards pour ceux qui ne voient pas l'affaire du même œil, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner un nouveau procès (2008 BCCA 341, 259 B.C.A.C. 59). Ma conclusion repose essentiellement sur les motifs majoritaires de la Cour d'appel exprimés par le juge Frankel, auxquels je tiens toutefois à ajouter de brèves remarques.

II

[51] Lors du réinterrogatoire de Marissa Bowles, le ministère public a produit les déclarations antérieures compatibles de ce témoin. Le réinterrogatoire a porté exclusivement sur ces déclarations. Madame Bowles était un témoin important de la poursuite. Il n'est pas contesté que ses déclarations antérieures compatibles n'auraient pas dû être admises en preuve.

[52] L'issue du pourvoi tient donc à la question de savoir « s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent » si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur d'admettre la preuve contestée : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617. Le fardeau à cet égard incombe bien sûr au ministère public. Et il s'agit vraiment d'un fardeau très lourd. Selon moi, il ne s'en est pas acquitté en l'espèce.

III

[53] La preuve admise à tort a été obtenue par le ministère public immédiatement après un contre-interrogatoire incisif par l'avocat de la défense. Cette preuve visait uniquement à « réhabiliter » le témoin — c'est-à-dire à rehausser la crédibilité de M^me^ Bowles. En fait, lors de l'audition du pourvoi, l'avocat du ministère public n'a été en mesure d'offrir *absolument aucune autre explication* au réinterrogatoire. Or, s'il visait effectivement cet objectif, rien ne permet de supposer qu'il est impossible qu'il l'ait atteint.

[54] On the contrary, I find it plausible to assume that the jury, untrained and inexperienced in these matters, would have attached to the re-examination of Ms. Bowles the significance that trained counsel expected that impermissibly adduced evidence to have. More specifically, it is entirely possible, if not probable, that the jury would have seen the substance of the re-examination as clearly relevant to a crucial factual issue: whether it was Ms. Ellard who accompanied Mr. Glowatski in following Ms. Virk across the Craigflower bridge, shortly before she was killed.

[55] If the jury lent credence to the improperly admitted evidence of Ms. Bowles that she had seen Ms. Virk cross the bridge, then the jury would have been obliged to reject the critical proposition advanced by the defence: that Ms. Bowles had in fact seen *nobody* cross the bridge, as her original statements to the police suggested.

[56] We cannot safely conclude that a re-examination tending impermissibly to bolster Ms. Bowles' credibility generally, and to confirm in particular that she saw Ms. Virk cross the bridge, could not reasonably have led the jury to attach more weight to Ms. Bowles' evidence that she saw Ms. Ellard cross the same bridge only a short time later.

[57] My conclusion that there existed a reasonable possibility that the impermissibly admitted evidence could have affected the verdict is confirmed by a request for help sent by the jury to the judge during its deliberations. Of the two questions asked by the jury, one warrants special concern:

> We would also like to hear Marissa Bowles all testimony [*sic*] relating to seeing [Ms. Virk] coming up the stairs and seeing [Mr. Glowatski and Ms. Ellard] cross the bridge.

[58] It is plain from this note that the jury consciously linked Ms. Bowles' testimony that she saw Ms. Virk come up the stairs and cross the bridge — the subject of the impermissible re-examination — to her testimony that she saw Mr. Glowatski and Ms. Ellard subsequently cross the bridge.

[54] Au contraire, il me semble plausible que le jury, dépourvu de formation et d'expérience en la matière, ait pu interpréter le réinterrogatoire reçu irrégulièrement comme s'y attendait l'avocate de la poursuite. J'estime plus précisément tout à fait possible, sinon probable, que le jury ait considéré la teneur du réinterrogatoire comme nettement pertinente pour l'appréciation d'une question de fait cruciale : est-ce bien M^me^ Ellard qui a accompagné M. Glowatski lorsque celui-ci a suivi M^me^ Virk de l'autre côté du pont Craigflower peu avant qu'elle soit tuée?

[55] S'il a ajouté foi au témoignage admis à tort dans lequel M^me^ Bowles a affirmé avoir vu M^me^ Virk traverser le pont, le jury était obligé de rejeter la proposition fondamentale de la défense voulant que M^me^ Bowles n'ait en fait vu *personne* traverser le pont, comme le laissaient croire ses déclarations initiales aux policiers.

[56] Nous ne pouvons conclure sans risque qu'un réinterrogatoire visant irrégulièrement à rehausser la crédibilité de M^me^ Bowles en général, et à confirmer plus particulièrement qu'elle avait vu M^me^ Virk traverser le pont, n'était pas raisonnablement susceptible d'inciter le jury à accorder plus de poids au témoignage dans lequel M^me^ Bowles a affirmé avoir vu M^me^ Ellard traverser le même pont très peu de temps après.

[57] Le fait que le jury ait demandé l'aide du juge pendant ses délibérations me conforte dans ma conclusion qu'il existe une possibilité raisonnable que la preuve admise à tort ait pu influencer le verdict. L'une des deux demandes formulées par le jury mérite une attention spéciale :

> [TRADUCTION] Nous aimerions également entendre tout le témoignage de Marissa Bowles concernant la question de savoir si elle a vu [M^me^ Virk] monter l'escalier et [M. Glowatski et M^me^ Ellard] traverser le pont.

[58] Il ressort clairement de cette note que le jury voyait consciemment un lien entre, d'une part, le témoignage de M^me^ Bowles selon lequel elle avait vu M^me^ Virk monter l'escalier et traverser le pont — l'objet du réinterrogatoire inacceptable — et, d'autre part, son témoignage selon lequel elle avait vu M. Glowatski et M^me^ Ellard traverser le pont après elle.

[59] Finally, a brief word regarding Justice Abella's conclusion that there was in this case no need to give a limiting instruction since there was "no real risk that the jury would use these statements to draw any impermissible inference" (para. 48). On the contrary, as I have already explained, there is ample room for serious concern that the improperly admitted evidence had the effect of impermissibly bolstering the reliability of portions of Ms. Bowles' testimony that clearly incriminated Ms. Ellard.

[60] In any event, on my view of the matter, the question whether a limiting instruction was required is entirely moot. Since the erroneous admission of the evidence is alone sufficient to require a new trial, there is no real need to consider whether a limiting instruction that was never given might have been sufficient, depending on its terms, to dissipate the concerns arising from the improper admission of Ms. Bowles' prior consistent statements.

IV

[61] In the result, as mentioned at the outset, I would dismiss the appeal and affirm the judgment of the Court of Appeal ordering a new trial.

Appeal allowed, FISH J. *dissenting.*

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

Solicitors for the respondent: Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

[59] Je dirai enfin quelques mots sur la conclusion de la juge Abella qu'il n'était pas nécessaire en l'espèce de donner une directive limitative au jury, puisqu'il « ne risquait pas réellement d'utiliser ces déclarations pour en tirer une inférence inacceptable » (par. 48). Au contraire, comme je l'ai déjà expliqué, il y a amplement lieu de craindre sérieusement que la preuve admise à tort ait effectivement rehaussé irrégulièrement la fiabilité d'éléments du témoignage de M^me^ Bowles qui incriminent clairement M^me^ Ellard.

[60] Quoi qu'il en soit, à mon avis, la question de savoir si une directive limitative était requise est entièrement théorique. Comme l'admission irrégulière de la preuve suffisait en soi pour exiger la tenue d'un nouveau procès, il n'est pas vraiment nécessaire de se demander si une directive limitative qui n'a jamais été donnée aurait pu suffire, selon sa formulation, pour dissiper les craintes soulevées par l'admission irrégulière des déclarations antérieures compatibles de M^me^ Bowles.

IV

[61] Par conséquent, comme je l'ai mentionné dès le début, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer le jugement de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, le juge FISH *est dissident.*

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

Procureurs de l'intimée : Wilson, Buck, Butcher & Sears, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Griffin *Respondent*

and

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Earl Roy Harris *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* GRIFFIN

Neutral citation: 2009 SCC 28.

File Nos.: 32649, 32650.

2008: November 14; 2009: June 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Charge to jury — Burden of proof — Circumstantial evidence — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in his instructions to jury on burden of proof and its application to circumstantial evidence — Whether trial judge erred by suggesting reasonable doubt is doubt for which a reason can be supplied.

Criminal law — Evidence — Hearsay — Admissibility — State of mind exception — Charge to jury — Deceased making statement to his girlfriend shortly before his death indicating that if harm came to him it would be at the hands of her "cousin's family", a reference to one of the accused — Whether deceased's statement admissible under "state of mind" exception to hearsay rule — If so, whether trial judge correctly instructed jury on limited use that could be made of statement.

The accused, G and H, were charged with first degree murder following the shooting death of P. The identity

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Griffin *Intimé*

et

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Earl Roy Harris *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GRIFFIN

Référence neutre : 2009 CSC 28.

N[os] du greffe : 32649, 32650.

2008 : 14 novembre; 2009 : 18 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Preuve circonstancielle — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en suggérant que le doute raisonnable est un doute qui peut être motivé?

Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception relative à l'état d'esprit — Exposé au jury — Déclaration de la victime, peu avant sa mort, à sa petite amie indiquant que s'il lui arrivait quelque chose, ce serait « la famille de ton cousin », en faisant référence à un des accusés — La déclaration de la victime est-elle admissible en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit »? — Dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il donné au jury des directives correctes concernant l'utilisation restreinte que ce dernier pouvait faire de la déclaration?

Les accusés G et H ont été inculpés de meurtre au premier degré à la suite du décès par coup de feu de P.

of the killer was the sole issue at trial. P's girlfriend was the only witness who provided direct evidence on this issue and she identified G as the shooter. P and both accused were all heavily involved in the drug trade. The Crown's theory was that the shooting was retribution for P's failure to repay a large drug-related debt, and that G was the shooter while H acted as the lookout. Circumstantial evidence formed the core of the case against G, and the entirety of that against H. The Crown led evidence that P was driven into hiding and was fearful for his safety in the weeks preceding his death, and that G was on a relentless search for P.

P's girlfriend testified that shortly before his death, P said to her, "If anything happens to me it's your cousin's family." She understood that P was referring to G, and that he was afraid. Acknowledging the need for an appropriate limiting instruction, the trial judge ruled that the statement was admissible to show the state of mind of P and to rebut the defence proposition that others would have had a motive to kill P at the beginning of 2003.

In his charge to the jury on the burden of proof, the trial judge correctly instructed the jury that, in order to base a verdict of guilt on circumstantial evidence, they had to be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused was the only reasonable inference that could be drawn. However, he also stated that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that there was an "equally rational inference" that did not point to guilt, and added that "[i]f there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence." Following a question from the jury on whether reasonable doubt can be based upon feelings and intuitions, the trial judge repeated his previous instructions, including the ambiguous "equally rational inference" language. He added: "Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position." Defence counsel objected to the use of the "equally rational inference" terminology, arguing that it could suggest to the jury that a burden of proof rested on the accused. The trial judge recalled the jury and gave a clarification using the correct language. In providing a limiting instruction to the jury in respect of P's statement of fear of G, the trial judge told the jury the remark could be used to determine the state of mind of P shortly before his death, and to eliminate other potential

L'identité du meurtrier était la seule question en litige au procès. La petite amie de P était le seul témoin à avoir fourni une preuve directe sur ce point et elle a identifié G comme étant le tireur. P et les deux accusés étaient tous très impliqués dans le trafic de la drogue. Selon la thèse du ministère public, P a été abattu par représailles parce qu'il n'avait pas remboursé une importante dette de drogue et G était le tireur alors que H faisait le guet. La preuve présentée contre G était essentiellement circonstancielle alors que celle qui pesait contre H l'était entièrement. Le ministère public a présenté des éléments de preuve en vue d'établir que, dans les semaines précédant sa mort, P avait jugé nécessaire de se cacher et craignait pour sa sécurité, et que G recherchait P avec acharnement.

La petite amie de P a témoigné que dans les semaines précédant le meurtre de P, ce dernier lui a dit : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Elle a compris que P faisait référence à G, et qu'il avait peur. Reconnaissant qu'une directive restrictive s'imposait, le juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations en vue d'établir l'état d'esprit de P et pour réfuter la thèse de la défense selon laquelle d'autres personnes auraient pu avoir un motif de tuer P au début de 2003.

Dans son exposé au jury concernant le fardeau de la preuve, le juge du procès a indiqué correctement aux jurés que, pour fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, ils devaient être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve était la culpabilité de l'accusé. Toutefois, il a également affirmé que l'accusé avait droit à un acquittement si le jury pouvait tirer une « conclusion également rationnelle » qui suggérerait l'innocence de l'accusé, et il a ajouté que « [s]'il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité. » En réponse à une question des jurés relative à la possibilité que le doute raisonnable puisse se fonder sur des impressions ou des intuitions, le juge du procès a répété ses directives, notamment l'expression ambiguë « conclusion également rationnelle ». Il a ajouté : « Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. » Un avocat de la défense s'est opposé à l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle », plaidant qu'elle était susceptible d'amener les jurés à penser qu'un fardeau de preuve incombait à l'accusé. Le juge du procès a rappelé le jury et lui a donné les précisions en utilisant les termes appropriés. En donnant au jury une directive restrictive relativement à la déclaration de P disant qu'il avait peur

people who would want to do P harm, as far as P was concerned.

The jury found G guilty as charged and H guilty of the included offence of manslaughter. The majority of the Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial on the basis of the trial judge's errors in his instructions on the burden of proof, and in the limiting instruction given in respect of P's statement of fear of G.

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeals should be allowed and the convictions restored.

Per Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: The trial judge did not err in his instructions to the jury on the burden of proof. The trial judge fulfilled the essential requirement of an instruction on circumstantial evidence by instilling in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Read in context, the words "equally rational" and "as reasonable" were not used as measures of the comparative value or weight of a non-guilty inference, but to describe the quality of any inference, guilty or otherwise, which might be drawn from the circumstantial evidence. When the instructions on circumstantial evidence are read as a whole, it is more likely than not that they would have been understood by the jury in the manner intended by the trial judge. Moreover, the clarifying recharge was entirely correct. It was sufficient that the trial judge called the jury's attention to his last instruction on circumstantial evidence, and then corrected the potentially ambiguous "equally rational inference" language with a clear and complete direction. [1] [33-36] [38]

There is no dispute regarding the correctness of the general instruction on reasonable doubt given in the main charge and repeated in the judge's reply to the jury's question. It entirely accords with the *Lifchus* standard. There is also no error in the additional impugned instruction that an individual juror should be able to explain his or her point of view and identify

de G, le juge du procès a dit aux jurés que la remarque pouvait être utilisée pour déterminer l'état d'esprit de P peu avant sa mort et pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui.

Le jury a reconnu G coupable de l'infraction reprochée et il a reconnu H coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé les condamnations et ordonné un nouveau procès en raison des erreurs commises par le juge du procès dans ses directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve ainsi que dans la directive restrictive relativement à la déclaration de P disant qu'il avait peur de G.

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents) : Les pourvois sont accueillis et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans ses directives au jury portant sur le fardeau de la preuve. Le juge du procès a respecté l'exigence essentielle d'une directive en matière de preuve circonstancielle en faisant comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l'accusé est coupable. Interprétés dans leur contexte, les termes « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » n'ont pas été utilisés pour mesurer la valeur ou le poids comparatif d'une conclusion de non-culpabilité mais pour décrire les attributs de toute conclusion, de culpabilité ou autre, pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. Lorsque les directives relatives à la preuve circonstancielle sont considérées dans leur ensemble, elles auraient, selon toute vraisemblance, été comprises par les jurés de la manière souhaitée par le juge du procès. En outre, les nouvelles directives visant à clarifier celles qui avaient été données étaient entièrement correctes. Il suffisait que le juge du procès attire l'attention des jurés sur sa dernière directive concernant la preuve circonstancielle, et qu'il corrige le recours à l'expression potentiellement ambiguë « conclusion également rationnelle » en donnant une autre directive claire et complète. [1] [33-36] [38]

Nul ne conteste le bien-fondé de la directive générale sur le doute raisonnable, donnée dans l'exposé principal et reprise dans la réponse du juge à la question des jurés. Cet exposé est tout à fait conforme à la norme établie dans l'arrêt *Lifchus*. De même, aucune erreur n'entache la directive additionnelle attaquée selon laquelle chacun des jurés devrait être en mesure d'expliquer

specific reasons for reasonable doubt. Having regard to the jury charge as a whole and in light of the precise question from the jury on the role of feelings or intuitions in a reasonable doubt analysis, the instruction was simply a caution to jurors to base their verdict not on feelings or intuitions, but on a serious consideration of the evidence. [41-42] [44]

There is no reason to disturb the trial judge's ruling on the admissibility of the deceased's statement made to his girlfriend shortly before his death. That statement was tendered and admitted for the truth of the fact that P himself feared G, a purpose that does not exceed the scope of the traditional "state of mind" exception to the hearsay rule, under which declarations of present state of mind are admissible where the declarant's state of mind is relevant and the statement is made in a natural manner and not under circumstances of suspicion. In the present case, there was no argument that the statement was made under circumstances of suspicion. P's fear of G was a relevant fact because P's fearful state of mind was probative of the nature of the relationship between he and G in the time period preceding the murder. Such information may afford evidence of the accused's animus or intention to act against the victim, making it relevant to motive and, in turn, to the issue of identification. Accordingly, it was important for the jury to know that P went into hiding and feared for his safety in the weeks preceding his death because of his fear of G, and not because of his fear of someone else, as the defence suggested. The trial judge found that the statement's probative value outweighed its possible prejudicial effect and admitted the statement into evidence. His decision accorded with the applicable legal principles, and as such, it is entitled to deference. [59] [62-66] [74]

The trial judge properly instructed the jury not to use P's statement for the prohibited purpose of proving G's state of mind, or to conclude that G in fact intended to harm P. He correctly explained that the sole permissible use the jury could make of the statement was as proof of P's state of mind shortly before his death. He also clearly qualified his assertion that the statement could be used to eliminate other potential people who would want to do P harm with the phrase "as far as P was concerned". This instruction accurately set out the very purpose for which the statement was tendered: to demonstrate that as far as P was concerned — in his state of mind — G was the only person with cause to do him harm. [71]

son point de vue et de donner les raisons précises justifiant son doute raisonnable. Compte tenu de l'exposé aux jurés dans son ensemble et de la question précise qu'ils ont posée concernant le rôle que peuvent jouer les impressions ou les intuitions dans une analyse du doute raisonnable, la directive était simplement une mise en garde aux jurés les invitant à fonder leur verdict non pas sur des impressions ou des intuitions, mais sur un examen sérieux de la preuve. [41-42] [44]

Il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge du procès concernant l'admissibilité de la déclaration que la victime a faite à sa petite amie peu avant sa mort. La déclaration a été présentée et admise en preuve en vue d'établir que P lui-même avait peur de G, ce qui n'excède pas la portée de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit », selon laquelle les déclarations concernant l'état d'esprit existant sont admissibles lorsqu'il est utile de savoir quel était l'état d'esprit du déclarant et que la déclaration paraît avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses. En l'espèce, personne n'a prétendu que la déclaration avait été faite dans des circonstances douteuses. La peur que P avait de G constituait un élément pertinent parce que la peur éprouvée par P sert à établir la nature de la relation entre ce dernier et G dans la période précédant le meurtre. Ce renseignement peut servir à établir l'animosité que nourrissait l'accusé ou son intention d'agir contre la victime, ce qui le rendait pertinent en ce qui concerne le mobile, lequel est lui-même pertinent à l'identification. Par conséquent, il importait que le jury sache que P s'était caché et qu'il craignait pour sa sécurité dans les semaines précédant sa mort parce qu'il avait peur de G, et non parce qu'il craignait une autre personne, comme l'a suggéré la défense. Le juge du procès a conclu que la valeur probante de la déclaration l'emportait sur l'effet préjudiciable qu'elle risquait d'avoir et il a admis cette déclaration en preuve. Sa décision respectait les principes juridiques applicables et par conséquent, elle commande la déférence. [59] [62-66] [74]

Le juge du procès a indiqué comme il se doit au jury de ne pas utiliser la déclaration de P dans le but interdit de prouver l'état d'esprit de G ou pour conclure que G avait effectivement l'intention de faire du mal à P. Il a correctement expliqué que la déclaration pouvait uniquement servir à prouver l'état d'esprit de P peu avant sa mort. En outre, en ajoutant les mots « selon P », le juge a sensiblement nuancé son affirmation selon laquelle la déclaration pourrait être utilisée pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu vouloir du mal à P. Cette directive énonce avec exactitude l'objectif même de cet élément de preuve : pour démontrer que selon P — dans son état d'esprit — G était la seule personne ayant une raison de lui faire du mal. [71]

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting): A new trial should be ordered on the basis of errors in the jury instructions on the burden of proof and of the trial judge's admission of P's out-of-court statement. The first deficiency in the charge on the burden of proof involved the explanation of how the standard of reasonable doubt applies to circumstantial evidence. Having chosen to elaborate on the basic principle that the jury could return a guilty verdict based on the circumstantial evidence if guilt was the only rational inference they could draw from the evidence, the trial judge should have said that if there was any other (as opposed to an "equally") rational inference arising from the proven facts that did not point to guilt, the jury would be bound to acquit. Furthermore, in his response to the specific question from the jury as to whether feelings or intuitions could form the basis for reasonable doubt, the trial judge repeated three more times the incorrect component of this instruction, using the term "equally". Because the jury was likely to have paid particular attention to the answer to their question, this would have amplified the misdirection. In order to ensure that a misdirection to the jury has been successfully rectified, a trial judge will generally have to repeat the direction he or she has given, acknowledge that it was incorrect, tell the jury to put it out of their minds and then tell them in plain and simple terms what the law is. The second deficiency arose in the trial judge's instruction that the jurors should be able to explain in some detail the basis for any reasonable doubt they might have. While instructing a jury that they should be able to explain their doubts would not necessarily constitute reversible error, here the trial judge's instructions went one step further, requiring the jury to be able to identify a specific reason for their doubt. In light of either of the uncorrected deficiencies in the charge on the burden of proof, and considering their combined effect in particular, it cannot be said that there is no reasonable possibility the jury was misled in this case. The error was serious. It may well have had significant consequences. The curative proviso under s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* can therefore not be applied. [77-80] [83-87]

The trial judge also erred in admitting the victim's impugned out-of-court statement. The statement was inadmissible hearsay, under either the traditional exceptions or the principled approach. It was not admissible to prove G's state of mind and support an inference that

Les juges LeBel et Fish (dissidents) : Un nouveau procès devrait être ordonné en raison des erreurs commises dans les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve et de l'admission, par le juge du procès, de la déclaration extrajudiciaire faite par P. La première lacune dans les directives du juge du procès relatives au fardeau de la preuve concerne l'explication fournie quant à la façon dont la norme du doute raisonnable s'applique à une preuve circonstancielle. Dans la mesure où il a choisi d'expliquer aux jurés le principe de base qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité sur le fondement d'une preuve circonstancielle si la culpabilité était la seule conclusion rationnelle qu'ils pouvaient tirer de la preuve, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il devait prononcer un verdict d'acquittement s'il arrivait à toute autre conclusion rationnelle (plutôt qu'« également » rationnelle) découlant des faits établis et donnant à penser que l'accusé n'était pas coupable. En outre, dans sa réponse à la question précise du jury quant à savoir si le doute raisonnable pouvait se fonder sur des impressions ou des intuitions, le juge du procès a répété à trois reprises l'élément erroné de sa directive, en utilisant le terme « également ». En raison de la possibilité que le jury porte une attention particulière à la réponse du juge, cette explication a sans doute renforcé la directive erronée. Afin de veiller à ce qu'une directive erronée soit corrigée de façon satisfaisante, le juge du procès devra généralement répéter la directive qu'il a donnée, reconnaître qu'elle était inexacte, indiquer aux jurés de ne pas en tenir compte et ensuite leur expliquer l'état du droit dans un langage simple et compréhensible. La deuxième lacune découlait des directives du juge du procès indiquant aux jurés qu'ils devraient être en mesure d'expliquer avec une certaine précision pourquoi ils auraient un doute raisonnable. Bien qu'indiquer aux jurés qu'ils devraient être en mesure de motiver leurs doutes ne constituerait pas nécessairement une erreur donnant lieu à révision, les directives du juge du procès en l'espèce sont allées plus loin en exigeant que les jurés soient en mesure de motiver leur doute de façon précise. Compte tenu de chacune des lacunes non corrigées que comportent les directives portant sur le fardeau de la preuve et, plus particulièrement, de leur effet combiné, on ne saurait conclure qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été induits en erreur en l'espèce. Il s'agissait d'une erreur grave. Elle a vraisemblablement eu d'importantes conséquences. La disposition réparatrice de l'al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* ne peut donc pas être appliquée. [77-80] [83-87]

Le juge du procès a également commis une erreur en admettant en preuve la déclaration extrajudiciaire contestée de la victime. Cette déclaration constituait une preuve par ouï-dire inadmissible, tant selon les exceptions traditionnelles que selon l'exception raisonnée.

he had a motive to harm P. The basis for P's statement that G wished to harm him, and whether P's perception was accurate, are unknown and purely a matter of speculation. In addition, the statement in question is a statement of opinion which cannot be overcome by any hearsay exception, and there is a substantial risk that it was accorded undue weight: it lacked probative value, and it was highly prejudicial. Similarly, the statement is not admissible to establish P's state of mind that he was afraid of G. The state of mind of a victim is irrelevant unless it tends to support a permissible inference regarding a relevant fact. Since P's basis for his belief is not known, a court cannot rely upon this statement. P's state of mind is therefore irrelevant on its own, and it is impermissible to use it to infer G's motive. P's statement was also not admissible to eliminate other suspects, as it could not possibly support an inference that unidentified third parties did not wish him harm. Finally, the statement could not be admitted to support other circumstantial evidence, because its probative value for this purpose is greatly outweighed by its prejudicial effect. This great risk of prejudice could not be attenuated by a limiting instruction. It is difficult to justify admitting the statement for a marginally probative and tangential purpose while insisting that the jury not use it in the most obvious and prejudicial way possible. The decision to admit the statement cannot be characterized as "harmless", nor can the evidence against the accused be described as "overwhelming". Accordingly, the curative proviso cannot remedy this error. [77] [88] [97-99] [102-110]

Il n'était pas admissible de prouver l'état d'esprit de G pour étayer une conclusion suivant laquelle G avait une raison de vouloir s'en prendre à P. On ne sait pas pour quelle raison P a déclaré que G lui voulait du mal, ou si sa perception était juste; ses raisons relèvent de la pure conjecture. De plus, la déclaration énonce une opinion qu'aucune exception à la règle du ouï-dire ne peut écarter. Il subsiste un risque sérieux qu'on lui ait accordé trop d'importance; elle était dépourvue de force probante et demeurait très préjudiciable. De même, la déclaration n'est pas admissible pour établir l'état d'esprit de P, soit qu'il avait peur de G. L'état d'esprit d'une victime n'est pas pertinent sauf s'il tend à étayer une inférence acceptable portant sur un fait pertinent. Comme on ne sait pas pourquoi P se croyait en danger, une cour ne peut pas s'appuyer sur cette déclaration. L'état d'esprit de P n'est donc pas pertinent en soi, et il ne saurait être utilisé pour tirer des conclusions quant au mobile de G. La déclaration de P n'était pas non plus admissible en preuve pour « éliminer » d'autres suspects puisqu'il n'était pas possible qu'elle permette de conclure qu'aucune autre personne non identifiée ne voulait s'en prendre à lui. Enfin, la déclaration ne pouvait être admise pour étayer un autre élément de preuve circonstancielle parce que son effet préjudiciable possible l'emporte nettement sur sa valeur probante. Ce risque important de préjudice ne pouvait être atténué par une directive restrictive. Il est difficile de justifier l'admission en preuve de la déclaration en lui accordant une valeur probante faible et indirecte tout en insistant pour que les jurés ne l'utilisent pas de la manière qui s'impose d'emblée et qui est la plus préjudiciable. La décision d'admettre la déclaration ne peut être qualifiée d'« inoffensive », et on ne saurait dire non plus que la preuve présentée contre l'accusé était « accablante ». Par conséquent, la disposition réparatrice ne peut remédier à cette erreur. [77] [88] [97-99] [102-110]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. v. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201; *R. v. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319; *R. v. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71,

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96; *R. c. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201; *R. c. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319; *R. c. Lemky*

aff'd [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

By LeBel and Fish JJ. (dissenting)

R. v. Cooper, [1978] 1 S.C.R. 860; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803; *R. v. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498; *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *R. v. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641; *R. v. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173; *Shapiro v. Wilkinson*, [1943] O.R. 806; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Russell*, 2000 SCC 55, [2000] 2 S.C.R. 731; *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, [2000] 2 S.C.R. 720; *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621; *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *R. v. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL); *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933); *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

APPEALS from judgments of the Quebec Court of Appeal (Baudouin, Doyon and Côté JJ.A.), 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, 58 C.R. (6th) 86, [2008] Q.J. No. 3589 (QL), [2008] Q.J. No. 3590 (QL), 2008 CarswellQue 3430, setting aside the convictions of both accused and ordering a new trial. Appeals allowed, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Thierry Nadon and *Geneviève Dagenais*, for the appellant.

(1992), 17 B.C.A.C. 71, conf. par [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Citée par les juges LeBel et Fish (dissidents)

R. c. Cooper, [1978] 1 R.C.S. 860; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803; *R. c. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498; *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85; *R. c. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641; *R. c. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173; *Shapiro c. Wilkinson*, [1943] O.R. 806; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Russell*, 2000 CSC 55, [2000] 2 R.C.S. 731; *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, [2000] 2 R.C.S. 720; *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621; *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *R. c. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL); *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933); *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa : La Commission, 1975.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1999.

POURVOIS contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Baudouin, Doyon et Côté), 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, 58 C.R. (6th) 86, [2008] Q.J. No. 3589 (QL), [2008] Q.J. No. 3590 (QL), 2008 CarswellQue 3430, qui ont annulé les déclarations de culpabilité des accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Fish sont dissidents.

Thierry Nadon et *Geneviève Dagenais*, pour l'appelante.

Louis Belleau, for the respondent Griffin.

No one appeared for the respondent Harris.

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

CHARRON J. —

1. Introduction

[1] Following their joint trial for first degree murder before a judge and jury, John Griffin was found guilty as charged and Earl Harris was found guilty of the included offence of manslaughter. Each appealed his conviction on similar grounds, only two of which remain at issue. Both grounds concern the trial judge's instructions to the jury. The first ground of appeal relates to the instructions on the burden of proof, and the second to the directions on the permissible use of a statement made by the deceased shortly before his death. Doyon J.A. of the Court of Appeal of Quebec (Baudouin J.A. concurring) gave effect to both grounds and ordered a new trial; Côté J.A., in dissent, would have dismissed the appeals: 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374. The Crown appeals to this Court as of right on both grounds.

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeals and restore the convictions.

2. The Evidence at Trial

2.1 *The Shooting*

[3] Griffin and Harris were charged with first degree murder following the shooting death of Denis Poirier on February 2, 2003. The murder took place at approximately 4:45 p.m., near the intersection of Atwater Avenue and Workman

Louis Belleau, pour l'intimé Griffin.

Personne n'a comparu pour l'intimé Harris.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

[1] À la suite d'un procès conjoint pour meurtre au premier degré devant juge et jury, John Griffin a été reconnu coupable de l'infraction reprochée et Earl Harris a été reconnu coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Chacun d'eux a fait appel de sa condamnation pour des motifs similaires; les deux seuls motifs encore en litige concernent les directives du juge au jury. Le premier moyen d'appel a trait aux directives portant sur le fardeau de la preuve, et le deuxième a trait aux directives relatives à l'utilisation qu'il est permis de faire d'une déclaration de la victime faite peu avant sa mort. Le juge Doyon de la Cour d'appel du Québec (avec l'accord du juge Baudouin) a accepté les deux moyens d'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La juge Côté, dissidente, aurait rejeté les appels : 2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 58 C.R. (6th) 86. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour quant aux deux moyens d'appel.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir les déclarations de culpabilité.

2. La preuve présentée au procès

2.1 *La fusillade*

[3] Messieurs Griffin et Harris ont été accusés de meurtre au premier degré à la suite du décès par coup de feu de Denis Poirier le 2 février 2003. Le meurtre a eu lieu vers 16 h 45, près de l'intersection de l'avenue Atwater et de la rue Workman à

Street in Montreal. Just prior to his death, Poirier and his girlfriend, Jennifer Williams, were eating take-out food in her parked car. Poirier exited the car to urinate in a parking lot on Workman Street. Moments later, he was shot.

[4] The identity of Poirier's killer was the sole issue at trial. Williams was the only witness who provided direct evidence of the shooter's identity. She testified that she saw him round the corner of Atwater Avenue and Workman Street, approach Poirier, and fire a weapon three times in his direction, twice after Poirier had gone down. Williams was able to identify the shooter as Griffin.

[5] A second eyewitness to the shooting, Father Yvon Lavoie, observed part of the scene from the window of the presbytery overlooking the parking lot on Workman Street. Father Lavoie saw the profile of a man with a weapon in his right hand. He saw the man fire three shots in a downward direction, but could not see at whom or what the man was shooting. Father Lavoie was unable to identify the shooter from police photos, nor could he identify Griffin as the assailant in court.

[6] The victim and the respondents, Griffin and Harris, were all heavily involved in the drug trade. The Crown's theory was that the shooting was retribution for Poirier's failure to repay a large drug-related debt, and that Griffin was the shooter while Harris acted as the lookout. In support of its theory, the Crown led evidence that in the weeks leading up to the killing, Poirier was afraid for his safety and had gone into hiding. During this time, Griffin, at times accompanied by Harris, searched for Poirier with increasing urgency. Apart from the direct evidence of Williams and Father Lavoie, the Crown's case against Griffin was based on circumstantial evidence. The case against Harris was entirely circumstantial. The circumstantial evidence is summarized in some detail by Doyon J.A. in the Court of Appeal below. The main features

Montréal. Juste avant sa mort, M. Poirier mangeait des mets à emporter en compagnie de sa petite amie, Jennifer Williams, dans la voiture stationnée de cette dernière. Il a été abattu peu après être sorti de la voiture pour uriner dans un stationnement de la rue Workman.

[4] L'identité du meurtrier de M. Poirier était la seule question en litige au procès. Madame Williams est le seul témoin à avoir fourni une preuve directe de l'identité du meurtrier. Elle a déclaré l'avoir vu tourner au coin de l'avenue Atwater et de la rue Workman, s'approcher de M. Poirier et tirer trois fois dans sa direction, dont deux fois après que M. Poirier se soit effondré. Madame Williams a été en mesure d'identifier M. Griffin comme étant le tireur.

[5] Un deuxième témoin oculaire de la fusillade, le père Yvon Lavoie, a vu une partie de la scène à partir de la fenêtre du presbytère donnant sur le stationnement situé sur la rue Workman. Le père Lavoie a vu un homme de profil qui tenait une arme dans sa main droite. Il l'a vu tirer trois coups de feu vers le bas, mais il n'a pas pu voir sur qui ou quoi l'homme tirait. Le père Lavoie n'a pas été en mesure d'identifier le tireur sur des photos que les policiers lui ont montrées, ni, pendant le procès, d'identifier M. Griffin comme étant l'agresseur.

[6] La victime et les intimés, MM. Griffin et Harris, étaient tous très impliqués dans le trafic de la drogue. Selon la thèse du ministère public, M. Poirier a été abattu par représailles parce qu'il n'avait pas remboursé une importante dette de drogue et M. Griffin était le tireur alors que M. Harris faisait le guet. À l'appui de sa thèse, le ministère public a produit des éléments de preuve établissant que, dans les semaines précédant le meurtre, M. Poirier craignait pour sa sécurité et se cachait. Pendant ce temps, M. Griffin, parfois accompagné de M. Harris, s'est mis à chercher M. Poirier avec une ardeur de plus en plus agressive. La preuve du ministère public contre M. Griffin était circonstancielle, sauf pour les témoignages directs de M^{me} Williams et du père Lavoie. La preuve présentée contre M. Harris était entièrement circonstancielle.

of the case against Griffin and Harris are the following.

2.2 *The Drug Debt*

[7] Matthew Demaine and Joe Besso were drug users and friends of Poirier. Demaine worked at the Claremont, a Montreal restaurant frequented by both Griffin and Poirier.

[8] Demaine testified that on December 27, 2002, he saw Griffin, Harris and a man identified as "Peter the Italian" at the restaurant. He observed Poirier hand over a bag to Peter, during the course of what appeared to be a drug transaction. Sometime after this encounter, Poirier stopped coming to the restaurant. In fact, he left his home and went into hiding at the Clarion Hotel.

[9] In early January 2003, Griffin went to the restaurant. He appeared impatient and told Demaine that he had set up a meeting with Poirier for that day. Poirier never showed up, but later called Demaine, asking him to tell Griffin that everything was all right. Demaine relayed the message.

[10] On January 5, 2003, Peter told Demaine that Poirier owed him an outstanding debt that was to be paid no later than the next day or "he's done". Demaine also overheard Peter say to Besso:

> This guy is a friend of yours. . . . Well, you tell him he's got until 5 o'clock tomorrow and if he doesn't pay me, he can keep the money and he can keep the rest of the shit and I'm going to put a hit on him.

[11] That evening, Demaine and Poirier met in the bar at the Clarion Hotel where Poirier was hiding. Poirier described his financial problems to Demaine. He owed Griffin and Peter approximately $100,000 following drug-related transactions that

Le juge Doyon de la Cour d'appel fait un résumé passablement détaillé de la preuve circonstancielle. Les points saillants de la preuve présentée contre MM. Griffin et Harris sont exposés ci-dessous.

2.2 *La dette de drogue*

[7] Matthew Demaine et Joe Besso étaient des consommateurs de drogues et des amis de M. Poirier. Monsieur Demaine travaillait au restaurant Claremont, un établissement situé à Montréal que fréquentaient MM. Griffin et Poirier.

[8] Monsieur Demaine a déclaré dans son témoignage que, le 27 décembre 2002, il avait vu M. Griffin, M. Harris et un homme surnommé [TRADUCTION] « Peter l'Italien » au restaurant. Il a vu M. Poirier remettre un sac à Peter au cours de ce qui semblait être une transaction de drogue. Dans la période qui a suivi cette rencontre, M. Poirier a cessé de fréquenter le restaurant. En fait, il a quitté son domicile pour aller se cacher à l'hôtel Clarion.

[9] Au début du mois de janvier 2003, M. Griffin s'est rendu au restaurant. Il semblait impatient et il a dit à M. Demaine qu'il avait organisé une rencontre avec M. Poirier le même jour. Monsieur Poirier ne s'est jamais présenté, mais plus tard il a communiqué avec M. Demaine pour lui demander de dire à M. Griffin que tout allait bien. Monsieur Demaine a fait le message.

[10] Le 5 janvier 2003, Peter a dit à M. Demaine que M. Poirier avait une dette envers lui et qu'il devait rembourser la somme due au plus tard le lendemain, sans quoi, avait-il ajouté, [TRADUCTION] « il est fait ». Monsieur Demaine a également entendu Peter dire à M. Besso :

> [TRADUCTION] Ce gars-là est un de tes amis [. . .] Alors, dis-lui qu'il a jusqu'à 5 h demain et que s'il ne me rembourse pas, il peut garder l'argent et il peut garder le reste de la coke, et je vais mettre un contrat sur sa tête.

[11] Le même soir, M. Demaine et M. Poirier se sont rencontrés au bar de l'hôtel Clarion où se cachait M. Poirier. Ce dernier a fait part à M. Demaine de ses problèmes financiers. Il devait environ 100 000 $ à M. Griffin et à Peter à la suite de

had gone sour. He explained to Demaine that he could not repay the debt, in part because an intermediary had refused to pay tens of thousands of dollars due to him on the pretext that the quantity and quality of the drug he had provided was unsatisfactory, and because Poirier owed him money.

2.3 *Griffin's Search for Poirier*

[12] Following Poirier's failure to attend the scheduled meeting at the restaurant, Griffin set out on a relentless search for Poirier. He visited the restaurant frequently and called Demaine daily, demanding to know where Poirier was hiding.

[13] Around January 19, 2003, Griffin's efforts to track down Poirier intensified. He went to the restaurant and gave Demaine "one last chance" to disclose Poirier's whereabouts. Demaine refused. He was afraid that if Griffin found him, Poirier would be killed.

[14] On January 21, 2003, Poirier telephoned Demaine several times, anxiously asking if he knew where Besso, who had disappeared, could be found. Demaine did not know.

[15] On January 22, 2003, a man arrived at the restaurant and told Demaine, "Johnny [Griffin] wants to talk to you." Griffin was waiting outside. He ordered Demaine into a vehicle, struck him, and refused to tell him where they were going as the car drove away from the restaurant. The vehicle stopped at a building and Demaine was told to go into the basement. Besso was there and it was obvious that he had been badly beaten. Griffin told Demaine "don't worry", he would not be beaten like Besso. Instead, Griffin said that unless he disclosed who had been "dealing" for Poirier and where Poirier was hiding, "I'm going to fucking kill you." Demaine divulged that Poirier was at the Clarion Hotel. Griffin made a call on his cell phone,

transactions de drogues qui avaient mal tourné. Il a expliqué à M. Demaine qu'il n'était pas en mesure de rembourser sa dette, notamment parce qu'un des intermédiaires avait refusé de lui rembourser des dizaines de milliers de dollars, sous prétexte que la quantité et la qualité de la drogue qu'il avait fournie n'étaient pas satisfaisantes, et parce que M. Poirier lui devait de l'argent.

2.3 *Les recherches de M. Griffin en vue de trouver M. Poirier*

[12] Après que M. Poirier eut omis de se présenter au restaurant comme prévu, M. Griffin s'est mis à chercher M. Poirier avec acharnement. Il venait souvent au restaurant et il appelait M. Demaine tous les jours pour lui demander où se cachait M. Poirier.

[13] Vers le 19 janvier 2003, M. Griffin a intensifié les efforts en vue de retrouver M. Poirier. Il s'est rendu au restaurant et il a donné une [TRADUCTION] « dernière chance » à M. Demaine de lui dire où se trouvait M. Poirier. Monsieur Demaine a refusé. Il craignait que M. Poirier soit abattu si M. Griffin le trouvait.

[14] Le 21 janvier 2003, M. Poirier a téléphoné à M. Demaine à plusieurs reprises et lui a demandé avec insistance s'il savait où se trouvait M. Besso, qui avait disparu. Monsieur Demaine ne le savait pas.

[15] Le 22 janvier 2003, un homme s'est présenté au restaurant et a dit à M. Demaine : [TRADUCTION] « Johnny [M. Griffin] veut te parler. » Monsieur Griffin attendait à l'extérieur. Il a enjoint à M. Demaine de monter à bord du véhicule, l'a frappé et il a refusé de lui dire où ils allaient pendant que la voiture s'éloignait du restaurant. Le véhicule s'est arrêté devant un immeuble et M. Demaine a reçu l'ordre d'aller dans la cave. Monsieur Besso s'y trouvait et il avait manifestement été brutalement battu. Monsieur Griffin a dit à M. Demaine [TRADUCTION] « ne t'en fais pas », ajoutant qu'il ne serait pas battu comme M. Besso. Monsieur Griffin lui a plutôt dit qu'à moins qu'il ne lui indique qui faisait des « affaires » pour le compte de M. Poirier

telling the person on the other end, "[Y]ou want to do some work tonight? Heavy, pretty heavy", and then departed, leaving Demaine and Besso sequestered for several hours.

et où ce dernier se cachait, il allait le [TRADUCTION] « tuer câlice ». Monsieur Demaine a révélé que M. Poirier se trouvait à l'hôtel Clarion. Monsieur Griffin a fait un appel avec son téléphone cellulaire et a dit à son interlocuteur : [TRADUCTION] « [V]eux-tu travailler ce soir? Du travail sérieux, pas mal sérieux. » Ensuite il est parti, laissant MM. Demaine et Besso enfermés pendant plusieurs heures.

[16] Griffin returned, accompanied by Harris, and ordered Demaine into the same vehicle that had brought him earlier. A man named Ronald Turner drove. The group set out to find Poirier. En route, Griffin ordered Demaine to telephone Poirier and set up a meeting. After several attempts, Demaine was successful in reaching Poirier, but Poirier refused to meet with him. Griffin was furious. He struck Demaine several times, demanding that he persuade Poirier to meet with him by telling him that he feared for his life.

[16] Monsieur Griffin est revenu en compagnie de M. Harris et il a donné l'ordre à M. Demaine de monter dans le véhicule qui l'avait emmené plus tôt. Un certain Ronald Turner conduisait. Le groupe est parti à la recherche de M. Poirier. En route, M. Griffin a ordonné à M. Demaine d'appeler M. Poirier et d'organiser une réunion. Après plusieurs tentatives, M. Demaine a réussi à joindre M. Poirier, mais celui-ci a refusé de le rencontrer. Monsieur Griffin était furieux. Il a frappé M. Demaine à plusieurs reprises et a exigé que ce dernier persuade M. Poirier de le rencontrer en lui disant qu'il craignait pour sa vie.

[17] The four men drove first to Poirier's residence. Griffin and Harris got out and looked for Poirier but he was not there. They next went to the Clarion Hotel. Griffin and Harris entered the hotel, leaving Demaine in the vehicle with Turner. Demaine managed to escape and found refuge in the nearby Ambassador Hotel, where he had the concierge call the police, to whom he relayed the story of his abduction.

[17] Les quatre hommes se sont d'abord rendus à la résidence de M. Poirier. Messieurs Griffin et Harris sont sortis de la voiture et ont tenté en vain de trouver M. Poirier. Ensuite, ils se sont rendus à l'hôtel Clarion. Messieurs Griffin et Harris y sont entrés, laissant M. Demaine dans l'automobile avec M. Turner. Monsieur Demaine a réussi à s'enfuir et s'est réfugié à l'hôtel Ambassador situé tout près, où il a demandé au concierge d'appeler la police, à qui il a fait le récit de son enlèvement.

[18] That same evening, January 22, 2003, Poirier met with his girlfriend Williams at the bar of the Clarion Hotel. Poirier left the bar at regular intervals throughout the evening to make phone calls and check his messages, and he grew increasingly stressed as the evening went on. Around 11 p.m., Poirier suggested that Williams depart, and as she was leaving he said to her: "If anything happens to me it's your cousin's family." A first cousin of Williams had a child with a first cousin of Griffin, and Williams immediately understood that Poirier was referring to Griffin. Poirier did not explain

[18] Le même soir, le 22 janvier 2003, M. Poirier a rencontré sa petite amie, M^me^ Williams, au bar de l'hôtel Clarion. Pendant la soirée, il a quitté le bar à intervalles réguliers pour faire des appels et prendre ses messages, et s'est montré de plus en plus anxieux. Vers 23 h, M. Poirier a invité M^me^ Williams à partir et au moment de son départ il lui a dit : [TRADUCTION] « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Un cousin germain de M^me^ Williams avait eu un enfant avec un cousin germain de M. Griffin, et M^me^ Williams a immédiatement compris que M. Poirier parlait

to Williams why he feared for his safety but she understood he was afraid of Griffin.

[19] The following day, during phone conversations with both Williams and Demaine, Poirier relayed that he had seen Griffin and Harris enter the Clarion Hotel the previous day and had fled to hide in another room. Williams testified that he told her he was "scared for his life" and "didn't know what to do".

2.4 *The Fatal February 2nd Meeting*

[20] In the week preceding the February 2, 2003 shooting, Griffin contacted Poirier's friend Steven Lauti in an effort to gather information about Poirier's whereabouts. Lauti did not have any information.

[21] Griffin also met with Jesse McBrearty, who regularly provided Poirier with cocaine, and asked that McBrearty notify him if he planned on meeting with Poirier. McBrearty did not know the nature of the relationship between the two men, only that he had been asked to facilitate a meeting between them.

[22] Shortly thereafter, a meeting was organized between McBrearty and Poirier for February 2, 2003. The two were scheduled to convene at the corner of Atwater Avenue and Workman Street, where Poirier intended to purchase cocaine from McBrearty. McBrearty contacted Griffin and told him of the meeting.

[23] Poirier arrived at the intersection of Atwater Avenue and Workman Street at the designated time on February 2. He was accompanied by Williams, and the two arrived in her car. As McBrearty had not yet appeared, Poirier and Williams went to purchase some take-out food, and then returned to Atwater and Workman. Poirier telephoned McBrearty to see when he would arrive, who in turn called Griffin to relay that Poirier was getting

de M. Griffin. Monsieur Poirier n'a pas expliqué à M^me^ Williams pourquoi il craignait pour sa sécurité, mais elle a compris qu'il avait peur de M. Griffin.

[19] Le lendemain, pendant des conversations téléphoniques avec M^me^ Williams et M. Demaine, M. Poirier a fait savoir qu'il avait vu M. Griffin et M. Harris entrer à l'hôtel Clarion le jour précédent et qu'il s'était enfui pour se cacher dans une autre chambre. Madame Williams a déclaré qu'il lui avait dit qu'il [TRADUCTION] « craignait pour sa vie » et qu'il « ne savait pas quoi faire ».

2.4 *La rencontre fatale du 2 février*

[20] Dans la semaine précédant la fusillade du 2 février 2003, M. Griffin a communiqué avec Steven Lauti, un ami de M. Poirier, dans le but d'obtenir des renseignements sur les allées et venues de M. Poirier. Monsieur Lauti n'en savait rien.

[21] Monsieur Griffin a aussi rencontré Jesse McBrearty, qui fournissait régulièrement de la cocaïne à M. Poirier, et lui a demandé de le mettre au courant s'il prévoyait rencontrer M. Poirier. Monsieur McBrearty ne connaissait pas la nature des rapports qu'entretenaient les deux hommes; il savait seulement qu'on lui avait demandé de faciliter leur rencontre.

[22] Peu après, M. McBrearty et M. Poirer se sont fixés rendez-vous le 2 février 2003. Les deux hommes devaient se rencontrer au coin de l'avenue Atwater et de la rue Workman, où M. Poirier avait l'intention d'acheter de la cocaïne à M. McBrearty. Ce dernier a communiqué avec M. Griffin et l'a mis au courant du rendez-vous.

[23] Le 2 février, à l'heure prévue, M. Poirier est arrivé à l'intersection de l'avenue Atwater et de la rue Workman dans la voiture de M^me^ Williams qui l'accompagnait. Comme M. McBrearty n'était pas encore arrivé, M. Poirier et M^me^ Williams sont allés acheter des mets à emporter et sont ensuite retournés au coin des rues Atwater et Workman. Monsieur Poirier a ensuite appelé M. McBrearty pour savoir quand il arriverait, lequel à son tour

impatient. Griffin told McBrearty: "Don't worry I'll be there soon."

[24] Cellular telephone records indicate that Griffin contacted Harris three times in the moments immediately preceding the murder, and that both men were within a few blocks of the Atwater and Workman intersection at this time. In the moments directly following Poirier's murder, Griffin again telephoned Harris from the same vicinity. Telephone records further confirm that McBrearty was no where near the site of the shooting at the relevant time.

[25] Upon his arrest on February 5, 2003, Griffin was in possession of the licence plate number of Williams's car. She had only owned the vehicle for a short time.

[26] Neither Griffin nor Harris testified at trial. The evidence regarding Poirier's debt to Griffin and the latter's desire to have the debt repaid was uncontested. The defence argued the existence of a reasonable doubt, alleging that individuals other than Griffin could have wanted to harm Poirier as a result of certain "unfortunate" drug-related transactions in which he had been involved.

3. Analysis

3.1 *Instructions to the Jury on the Burden of Proof*

[27] The first ground of appeal concerns the instructions to the jury on the burden of proof. The majority in the court below was of the view that the trial judge erred in his instructions on the burden of proof and its application to circumstantial evidence. Although the trial judge correctly instructed the jury on several occasions that, in order to base a verdict of guilt on circumstantial evidence, they had to be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused was the only reasonable

a communiqué avec M. Griffin pour lui dire que M. Poirier commençait à s'impatienter. Monsieur Griffin a dit à M. McBrearty : [TRADUCTION] « Ne t'en fais pas, je serai là bientôt. »

[24] Des relevés d'appel de téléphone cellulaire indiquent que M. Griffin a communiqué avec M. Harris trois fois dans les minutes qui ont précédé le meurtre, et que les deux hommes se trouvaient alors à quelques pâtés de maisons de l'intersection des rues Atwater et Workman. Dans les minutes qui ont suivi le meurtre de M. Poirier, toujours dans le même secteur, M. Griffin a de nouveau appelé M. Harris par téléphone. Les relevés des appels téléphoniques confirment qu'au moment en cause, M. McBrearty ne se trouvait pas près du lieu du meurtre.

[25] Lors de son arrestation, le 5 février 2003, M. Griffin avait en sa possession le numéro de la plaque d'immatriculation de la voiture de M^me^ Williams. Elle n'en était propriétaire que depuis peu.

[26] Ni M. Griffin ni M. Harris n'ont témoigné au procès. La preuve concernant la dette que M. Poirier avait envers M. Griffin ainsi que le fait que ce dernier voulait être remboursé ne sont pas contestés. La défense a fait valoir l'existence d'un doute raisonnable en prétendant que d'autres personnes que M. Griffin auraient pu vouloir s'en prendre à M. Poirier en raison de certaines opérations de drogue [TRADUCTION] « malencontreuses » auxquelles il avait participé.

3. Analyse

3.1 *Directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve*

[27] Le premier moyen d'appel concerne les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle. Bien que le juge du procès ait à maintes reprises indiqué correctement aux jurés que, pour fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, ils devaient être convaincus hors

inference that could be drawn, the trial judge elsewhere used language suggesting that an inference other than guilt would have to be "as reasonable" in order to lead to an acquittal. In the majority's view, this language constituted legal error and the corrected instruction given to the jury during the course of their deliberations was insufficient to remedy any potential confusion. The majority further found that the error was compounded by "an excessively demanding instruction to motivate reasonable doubt" (para. 75) given in response to a question from the jury asking whether a reasonable doubt could be based on "feelings, intuitions, et cetera". Côté J.A. disagreed on both points, finding no legal error.

de tout doute raisonnable que la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve était la culpabilité de l'accusé, il a à d'autres moments employé des termes laissant entendre que, pour justifier un acquittement, une conclusion autre que la culpabilité de l'accusé devait être [TRADUCTION] « tout aussi raisonnable ». Selon les juges majoritaires, le juge du procès a commis une erreur de droit en s'exprimant ainsi et le correctif apporté pendant les délibérations du jury n'a pas suffi à dissiper de possibles ambiguïtés. Les juges formant la majorité ont en outre conclu qu'[TRADUCTION] « une directive trop exigeante concernant la justification d'un doute raisonnable » (par. 75), donnée en réponse à une question du jury visant à savoir si un doute raisonnable pouvait se fonder sur des [TRADUCTION] « impressions, des intuitions, etc. », avait aggravé l'erreur commise par le juge du procès. La juge Côté a exprimé son désaccord sur ces deux points, estimant qu'aucune erreur de droit n'avait été commise.

[28] After explaining the difference between direct and circumstantial evidence and noting that circumstantial evidence formed the core of the case against Griffin, and the entirety of that against Harris, the trial judge gave the following impugned instruction on the burden of proof and circumstantial evidence:

[28] Après avoir expliqué la différence entre une preuve directe et une preuve circonstancielle et avoir signalé que la preuve présentée contre M. Griffin était essentiellement circonstancielle alors que celle qui pesait contre M. Harris l'était entièrement, le juge du procès a donné comme suit la directive contestée concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle :

And the point that has to be kept into mind and that is extremely important, because I've talked about drawing inferences or drawing rational inferences, and this is something you should note. Before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, so before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, you must be convinced beyond a reasonable doubt that the guilt of the accused is the only reasonable inference to draw from the facts you have chosen to rely upon. I'll repeat that.

[TRADUCTION] Et le point qu'il faut garder à l'esprit et qui est extrêmement important étant donné que j'ai parlé de tirer des conclusions ou de tirer des conclusions rationnelles, il s'agit d'un point à retenir. Avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, alors avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que la culpabilité de l'accusé est la seule conclusion raisonnable que l'on peut tirer des faits sur lesquels vous avez choisi de vous appuyer. Je reprends cela.

Before basing a verdict of guilt on circumstantial evidence, you must be convinced, beyond a reasonable doubt, that the guilt of the accused is the only reasonable inference to draw from the facts which you have chosen to rely upon.

Avant de fonder un verdict de culpabilité sur une preuve circonstancielle, vous devez être convaincus, hors de tout doute raisonnable, que la culpabilité de l'accusé est la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée des faits sur lesquels vous avez choisi de vous appuyer.

In other words, if there is an equally reasonable inference, which would indicate an innocent purpose, you

Autrement dit, s'il existe une conclusion également raisonnable, qui indiquerait l'innocence de l'accusé, vous

could not render a verdict of guilt, because you would not [be] in a position to say, the only reasonable inference that I draw from this circumstantial evidence is guilt. If there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence.

However, after your careful examination of all the evidence, if you arrive at the conclusion, the particular case, the only rationale inference to draw from the circumstantial evidence, which you rely upon, is guilt, then it would be your duty to render a verdict of guilt in those circumstances. [Emphasis added; A.R., at pp. 79-80.]

[29] Counsel made no objection on this point at the conclusion of the main charge.

[30] After two days of deliberation, the jury requested further guidance from the trial judge in this note:

Can we please get a legal definition of reasonable doubt? What things can it be based upon, for example, feelings, intuitions, et cetera? If mostly based on circumstantial evidence, where do we draw the line? Please advise. [A.R., at p. 209]

[31] With the consent of counsel, the trial judge responded to the jury's question by repeating both the instruction provided in his main charge on the definition of reasonable doubt, which is not in issue here, and the instruction on the application of the burden of proof to circumstantial evidence set out above, this time characterizing an inference other than guilt as an "equally rational inference". In addition, the trial judge gave a specific response to the suggestion in the jury's question that a reasonable doubt might be based on feelings or intuitions. I return to the latter component of the judge's answer to the jury's question later in these reasons. I deal first with the alleged error in the instructions on circumstantial evidence.

[32] Following the judge's response to the jury's question, counsel for the respondents objected to the use of the "equally rational inference" terminology, arguing that it could suggest to the jury

ne pourrez pas prononcer un verdict de culpabilité parce que vous ne serez pas en mesure de dire la culpabilité est la seule conclusion que je puisse tirer de la preuve circonstancielle. S'il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité.

Toutefois, si, après un examen approfondi de l'ensemble de la preuve, vous arrivez à la conclusion que, dans l'espèce, la seule conclusion raisonnable pouvant être tirée de la preuve circonstancielle, sur laquelle vous vous appuyez, est la culpabilité, alors il sera de votre devoir de prononcer un verdict de culpabilité dans les circonstances. [Je souligne; d.a., p. 79-80.]

[29] Les avocats n'ont soulevé aucune objection à ce sujet à la fin de l'exposé principal.

[30] Après deux jours de délibération, le jury a demandé des directives additionnelles au juge du procès dans la note suivante :

[TRADUCTION] Auriez-vous l'obligeance de nous donner une définition juridique du doute raisonnable? Sur quoi peut-il se fonder, par exemple, des impressions, des intuitions, etc.? Où tirer la ligne s'il se fonde principalement sur une preuve circonstancielle? Veuillez nous éclairer. [d.a., p. 209]

[31] Avec le consentement des avocats, le juge du procès a répondu à la question des jurés en répétant la directive fournie dans son exposé principal concernant la définition du doute raisonnable, qui n'est pas en litige en l'espèce, ainsi que la directive concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle, reproduite ci-dessus, cette fois en qualifiant une conclusion autre que la culpabilité de [TRADUCTION] « conclusion également rationnelle ». De plus, le juge du procès a explicitement répondu à la question des jurés, laquelle laissait entendre qu'il était possible qu'un doute raisonnable se fonde sur des impressions ou des intuitions. Je reviendrai sur la dernière partie de la réponse qu'il a donnée aux jurés. Je vais d'abord traiter de l'erreur qui aurait été commise dans les directives relatives à la preuve circonstancielle.

[32] À la suite de la réponse du juge au jury, l'avocat des intimés s'est opposé à l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle » et a plaidé qu'elle était susceptible d'amener les jurés à penser

that a burden of proof rested on the accused. In the absence of the jury, the trial judge explained to counsel that his use of the phrase "equally rational inference" in this context was equivalent to saying "another reasonable inference". Nevertheless, out of an abundance of caution, he recalled the jury and gave the following clarification:

> Just on the last point when dealing with circumstantial evidence and reasonable doubt and the way the two (2) meld together, I just want to make sure that it's clear in your mind that in order to render a verdict of guilt, based upon circumstantial evidence, the guilt of the accused would have to be the only rational inference that you could draw from the circumstantial evidence.
>
> If there's any other rational inference that you can draw from the evidence that would mean that you would not be able to render a verdict of guilt based on the circumstantial evidence, because then there would be — at best you would have reached maybe a probability or a likelihood of guilt, but not have reached that higher standard of proof beyond a reasonable doubt. [A.R., at p. 216]

[33] We have long departed from any legal requirement for a "special instruction" on circumstantial evidence, even where the issue is one of identification: *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860. The essential component of an instruction on circumstantial evidence is to instill in the jury that in order to convict, they must be satisfied beyond a reasonable doubt that the only rational inference that can be drawn from the circumstantial evidence is that the accused is guilty. Imparting the necessary message to the jury may be achieved in different ways: *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 20. See also *R. v. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, at paras. 108-10; *R. v. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (Ont. C.A.), at para. 29.

[34] There is no question that the instructions in the present case fulfilled this essential requirement. The trial judge repeatedly made clear to the jury that a guilty verdict can only be rendered if guilt

qu'un fardeau de preuve incombait à l'accusé. En l'absence des jurés, le juge du procès a expliqué aux avocats que l'emploi de l'expression « conclusion également rationnelle » dans ce contexte équivalait à dire [TRADUCTION] « une autre conclusion raisonnable ». Néanmoins, par surcroît de prudence, il a rappelé le jury et lui a donné les précisions suivantes :

> [TRADUCTION] Uniquement en ce qui concerne le dernier point traitant de la preuve circonstancielle et du doute raisonnable et de la façon dont les deux (2) s'amalgament, je veux simplement m'assurer qu'il est clair à vos yeux que pour prononcer un verdict de culpabilité fondé sur une preuve circonstancielle, la culpabilité de l'accusé doit être la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle.
>
> Si vous pouvez tirer de la preuve une autre conclusion rationnelle, cela signifie que vous ne pouvez pas prononcer un verdict de culpabilité fondé sur une preuve circonstancielle, parce qu'il y aurait alors — au mieux vous auriez conclu peut-être qu'il est probable ou vraisemblable que l'accusé soit coupable, mais votre conclusion n'aurait pas satisfait à la norme plus exigeante que constitue la preuve hors de tout doute raisonnable. [d.a., p. 216]

[33] Cette Cour a depuis longtemps écarté toute obligation que des « directives spéciales » soient données au jury relativement à la preuve circonstancielle, même lorsque la question en litige concerne l'identification : *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860. L'élément essentiel d'une directive en matière de preuve circonstancielle consiste à faire comprendre aux jurés que, pour prononcer un verdict de culpabilité, ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable que la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle est que l'accusé est coupable. Il y a différentes façons de communiquer ce message aux jurés : *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), par. 20. Voir également *R. c. Guiboche*, 2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361, par. 108-110; *R. c. Tombran* (2000), 142 C.C.C. (3d) 380 (C.A. Ont.), par. 29.

[34] Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce les directives respectaient cette exigence essentielle. Le juge du procès a précisé à maintes reprises au jury qu'un verdict de culpabilité ne peut être prononcé que s'il

is the sole rational inference to be drawn from the circumstantial evidence. The issue to be resolved, rather, is whether the use of the words "equally rational" and "as reasonable" detracted from the otherwise correct instructions by leading jurors to believe, as the respondents contend, that they could only acquit if they found an innocent inference from the circumstantial evidence of the same weight as an inference of guilt. It is argued that the impugned language had the potential to engage the jury in an abstract comparative exercise, assessing the qualitative reasonableness of one inference against another when the mere existence of any rational, non-guilty inference is sufficient to raise a reasonable doubt.

[35] Read in context, as all jury instructions must be, it becomes apparent that the words "equally rational" and "as reasonable" were not used as measures of the comparative value or weight of a non-guilty inference, but, as the judge himself explained to counsel, to describe the quality of *any* inference, guilty or otherwise, which might be drawn from the circumstantial evidence. Indeed, no one argues that the jury should be entitled to base its decision on *irrational* or *unreasonable* inferences. When the instructions on circumstantial evidence are read as a whole, it is more likely than not that they would have been understood by the jury in the manner intended by the trial judge. That said, it is my view that the instructions on this point were not as clear as they could have been and, consequently, the trial judge was wise to recharge the jury as he did.

[36] Both parties and the court below, unanimous on this point, agreed that the clarifying recharge was entirely correct. Griffin and Harris argue, however, that this final charge could not have rectified any possible confusion that may have resulted from the use of the impugned language because the trial judge failed to refer back to the problematic phrases employed in the earlier instructions.

s'agit de la seule conclusion rationnelle pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. La question à trancher consiste plutôt à déterminer si l'emploi des expressions « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » s'écartait des directives par ailleurs appropriées en amenant les jurés à croire, comme le soutiennent les intimés, que l'acquittement ne pouvait être prononcé que s'ils pouvaient tirer de la preuve circonstancielle une conclusion d'innocence tout aussi probante qu'une conclusion de culpabilité. Les intimés soutiennent que les propos contestés étaient susceptibles d'inciter les jurés à se livrer à un exercice comparatif abstrait nécessitant une analyse qualitative du caractère raisonnable d'une conclusion par rapport à une autre, alors que la simple existence d'une conclusion rationnelle de non-culpabilité est suffisante pour soulever un doute raisonnable.

[35] Interprétés dans leur contexte, comme doivent l'être toutes les directives au jury, il devient manifeste que les termes « également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » n'ont pas été utilisés pour mesurer la valeur ou le poids comparatif d'une conclusion de non-culpabilité mais plutôt, comme le juge du procès l'a lui-même expliqué aux avocats, pour décrire les attributs de *toute* conclusion, de culpabilité ou autre, pouvant être tirée de la preuve circonstancielle. D'ailleurs, nul ne soutient qu'un jury devrait pouvoir fonder sa décision sur des inférences *irrationnelles* ou *déraisonnables*. Lorsque les directives relatives à la preuve circonstancielle sont considérées dans leur ensemble, elles auraient, selon toute vraisemblance, été comprises par les jurés de la manière souhaitée par le juge du procès. Cela dit, je suis d'avis que les directives à ce sujet auraient pu être plus claires et, par conséquent, le juge du procès a agi sagement en donnant de nouvelles directives aux jurés.

[36] Les deux parties ainsi que tous les juges de la Cour d'appel conviennent que les nouvelles directives visant à clarifier celles qui avaient été données étaient entièrement correctes. Messieurs Griffin et Harris soutiennent toutefois que cette dernière directive ne pouvait avoir dissipé les ambiguïtés que les termes contestés étaient susceptibles d'avoir causées parce que le juge du procès n'est pas revenu

This argument was accepted by the majority of the Court of Appeal, and rejected by Côté J.A.

[37] Griffin suggests that the trial judge should have instructed the jury in terms akin to the following:

> What was required to correct the deleterious effect of the defective instructions was for the trial judge to tell the jury that they didn't need to determine whether any innocent inference they may consider was more reasonable or as reasonable, or less reasonable than an inference of guilt and that, as long as an inference not indicating guilt could be considered rational or reasonable and was not inconsistent with the evidence, they must acquit. [R.F., at para. 52]

[38] With respect, I agree with Côté J.A. that an instruction along the lines proposed by Griffin would serve only to exacerbate any potential confusion stemming from the previous instructions. It was sufficient that the trial judge called the jury's attention to his last instruction on circumstantial evidence, and then corrected the potentially ambiguous "equally rational inference" language with a clear and complete direction.

[39] I now turn to the trial judge's answer to the jury's question whether a reasonable doubt could be based on feelings or intuitions. After canvassing the gist of his proposed answer with counsel and obtaining their approval, the trial judge instructed the jury as follows:

> So, when you ask in your question, is it feelings, is it intuitions, I would answer no to that question. Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position. You should be able to say, for instance, "Listen, I have a reasonable doubt on this essential element, and here's why I have a reasonable doubt. I can't rely on Witness A and B. I don't find Witness A and B credible. And here's why I don't find Witness A and B credible, because

sur les expressions problématiques utilisées dans les directives précédentes. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accepté cet argument et la juge Côté l'a rejeté.

[37] Selon M. Griffin, le juge du procès aurait dû formuler les instructions aux jurés d'une manière semblable à ce qui suit :

> [TRADUCTION] Pour corriger l'effet préjudiciable des directives erronées, le juge du procès aurait dû dire aux jurés qu'ils n'ont pas à déterminer si une conclusion d'innocence qu'ils envisagent de tirer est plus raisonnable, aussi raisonnable ou moins raisonnable qu'une conclusion de culpabilité et que, pour autant qu'une conclusion n'indiquant pas que l'accusé est coupable puisse être considérée comme rationnelle ou raisonnable et qu'elle n'est pas incompatible avec la preuve, ils doivent prononcer un verdict d'acquittement. [m.i., par. 52]

[38] Avec égards, j'estime, comme la juge Côté, qu'une directive allant dans le sens de celle que propose M. Griffin ne ferait qu'exacerber les ambiguïtés pouvant résulter des directives précédentes. Il suffisait que le juge du procès attire l'attention des jurés sur sa dernière directive concernant la preuve circonstancielle, et qu'il corrige le recours à l'expression potentiellement ambiguë « conclusion également rationnelle » en donnant une autre directive claire et complète.

[39] Je vais maintenant examiner la réponse du juge du procès à la question des jurés, à savoir si un doute raisonnable pouvait se fonder sur des impressions ou des intuitions. Après avoir élaboré les grandes lignes de sa réponse avec les avocats des parties et avoir obtenu le consentement de ces derniers, le juge du procès a donné au jury la directive suivante :

> [TRADUCTION] Ainsi, lorsque vous demandez dans votre question s'il s'agit d'impressions, d'intuitions, je répondrais par la négative. Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. Vous devriez être en mesure de dire par exemple « écoutez, j'ai un doute raisonnable sur ce point essentiel, et voici pourquoi j'ai un doute raisonnable. Je ne peux m'appuyer sur les témoignages de A et de B. J'estime que ces témoins ne sont pas crédibles.

there's contradictions, or they're not confirmed in the evidence, and I don't accept that Exhibits X, Y and Z help me out on this particular issue," so that you're able as a judge to explain why you are supporting a particular position.

On the other hand, you should be able, also, if your position is, "I don't have a reasonable doubt on this issue. I think the Crown has proved this essential element" to be able to explain it, to be able to say, "The reason I've arrived at that decision," for example, "is that I accept the testimony of Witnesses A and B. I saw them testify. I saw the manner in which they testified. I find that there is confirmation of their testimony within the evidence. I also rely upon Exhibits X, Y and Z, because it adds -- the facts that I garnered out of Exhibits X, Y and Z, reinforce my opinion that the Crown has proved that particular essential element beyond a reasonable doubt."

So, as you can see, it's really a cold objective analysis of the facts, but it's based upon the facts, and you might arrive at the conclusion as "I have a reasonable doubt, because there's a lack of evidence on a particular issue that I think is important in my mind," or there's a contradiction in the evidence.

So, it's not feelings or intuitions, and then -- either way, I mean, you can't say, "Oh, I just got a feeling that the person is guilty." That means that you're not really analyzing the evidence. You should be able to explain beyond simply saying, "Well, I've got a feeling, or I've got an intuition", because you're called upon to base your decision upon the facts that have been -- upon the proof that's been presented to you. [A.R., at pp. 211-13]

[40] Counsel raised no objection to this instruction.

[41] On appeal in the court below Griffin and Harris took issue with the suggestion in the above instruction that an individual juror should be able to explain his or her point of view and identify specific reasons for his or her reasonable doubt. They argued that this instruction tended to shift the burden of proof. The majority accepted this argument, concluding that in combination with the judge's failure to adequately correct the ambiguous "equally rational" and "as reasonable" terminology,

Et voici pourquoi j'estime que les témoins A et B ne sont pas crédibles, parce qu'il y a des contradictions ou parce qu'aucun élément de preuve ne confirme leur témoignage, et je n'estime pas que les pièces X, Y et Z m'aident à cet égard », de sorte qu'en tant que juge, vous êtes en mesure d'expliquer pourquoi vous appuyez une position en particulier.

Par ailleurs, vous devriez aussi pouvoir, si vous dites « je n'ai pas de doute raisonnable sur ce point. Je pense que le ministère public a prouvé cet élément essentiel », être en mesure d'expliquer votre position, être en mesure de dire « j'arrive à cette conclusion », par exemple, « parce que j'accepte le témoignage des témoins A et B. Je les ai vus témoigner. J'ai vu la façon dont ils témoignaient. Je suis d'avis que des éléments de preuve confirment leurs témoignages. Je m'appuie également sur les pièces X, Y et Z parce qu'elles ajoutent -- les faits qui ressortent des pièces X, Y et Z renforcent mon opinion que le ministère public a prouvé cet élément essentiel hors de tout doute raisonnable. »

Donc, comme vous pouvez le voir, il s'agit vraiment d'une analyse froide et objective des faits, mais elle se fonde sur les faits, et vous pourriez arriver à une conclusion comme celle-ci : « j'ai un doute raisonnable, parce que la preuve quant à un point particulier est insuffisante, ce qui me paraît important » ou parce que la preuve est contradictoire.

Donc, il ne s'agit pas d'impressions ou d'intuitions, et alors -- dans un cas comme dans l'autre, cela signifie que vous ne pouvez pas dire « oh, j'ai simplement l'impression que la personne est coupable ». Cela voudrait dire que vous n'analysez pas vraiment la preuve. Vous ne pouvez vous contenter de dire « et bien, j'ai une impression, ou j'ai l'intuition que . . . », parce que vous êtes appelés à fonder votre décision sur les faits qui ont été -- sur la preuve qui vous a été présentée. [d.a., p. 211-213]

[40] Cette directive n'a fait l'objet d'aucune objection.

[41] Devant la Cour d'appel, MM. Griffin et Harris ont contesté le passage de la directive indiquant que chacun des jurés devrait être en mesure d'expliquer son point de vue et de donner les raisons précises justifiant son doute raisonnable. Ils ont soutenu que cette directive tendait à inverser le fardeau de la preuve. Les juges majoritaires ont accepté cet argument et ils ont conclu que l'omission du juge du procès de corriger de façon adéquate l'ambiguïté créée par l'emploi des expressions

this "excessively demanding instruction to motivate reasonable doubt, rendered the trial unfair" (para. 75).

[42] Côté J.A. disagreed with the majority and found no error. Having regard to the jury charge as a whole and in light of the precise question from the jury on the role of feelings or intuitions in a reasonable doubt analysis, the impugned instruction was simply a caution to jurors to base their verdict not on feelings or intuitions, but on a serious consideration of the evidence. Côté J.A. stated the following (at para. 139):

[TRANSLATION] Although it is preferable not to invite jurors to motivate their reasonable doubt, one fact remains, that the standard requires a serious examination of the evidence upon which the verdict is to be based. I do not believe that this instruction led the jurors to apply a standard of proof which is lower than that of proof beyond a reasonable doubt.

[43] As the majority of the Court of Appeal rightly acknowledged (at para. 65), this Court in *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, "did not entirely reject a definition of reasonable doubt that would include a reference to reasons". In settling the preferred approach to a jury charge on reasonable doubt in *Lifchus*, Cory J. noted the appellate controversy on whether a jury *should* be instructed that a reasonable doubt is a doubt "for which one can give a reason" (para. 28). After considering the potential risks and difficulties that accompany such an instruction, he concluded at para. 30:

It follows that it is certainly not essential to instruct jurors that a reasonable doubt is a doubt for which a reason can be supplied. To do so may unnecessarily complicate the task of the jury. It will suffice to instruct the jury that a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence.

« également rationnelle » et « tout aussi raisonnable » combinée à cette [TRADUCTION] « directive extrêmement exigeante sur la façon de justifier un doute raisonnable avait rendu le procès inéquitable » (par. 75).

[42] La juge Côté s'est dissociée des juges majoritaires et a conclu qu'aucune erreur n'avait été commise. Compte tenu de l'exposé aux jurés dans son ensemble et de la question précise qu'ils ont posée concernant le rôle que peuvent jouer les impressions ou les intuitions dans une analyse du doute raisonnable, la directive contestée était une simple mise en garde aux jurés les invitant à fonder leur verdict non pas sur des impressions ou des intuitions, mais sur un examen sérieux de la preuve. La juge Côté a déclaré ce qui suit (par. 138) :

Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'inviter les jurés à motiver leur doute raisonnable, un fait demeure, la norme exige un examen sérieux de la preuve sur laquelle ils fondent leur verdict. Je ne crois pas que cette directive a amené les jurés à appliquer une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable.

[43] Comme les juges majoritaires de la Cour d'appel l'ont à bon droit reconnu (par. 65), dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, notre Cour [TRADUCTION] « n'a pas entièrement écarté une définition du doute raisonnable qui inclurait une mention des motifs ». Appelé à déterminer l'approche à privilégier en matière d'exposé au jury sur le doute raisonnable, le juge Cory a constaté dans l'arrêt *Lifchus* que la jurisprudence des cours d'appel ne fait pas l'unanimité sur la question de savoir s'il *serait* opportun d'indiquer à un jury qu'un doute raisonnable est un doute « qu'il est possible de motiver » (par. 28). Après avoir considéré les risques et les difficultés que pourraient comporter des directives en ce sens, il conclut au par. 30 :

Il s'ensuit qu'il n'est certainement pas essentiel de dire aux jurés qu'un doute raisonnable est un doute qu'il est possible de motiver. Cela pourrait compliquer inutilement la tâche du jury. Il suffira de lui dire qu'un 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.

[44] In my view, the trial judge's instruction in this case accords entirely with the *Lifchus* standard. There is no dispute regarding the correctness of the general instruction on reasonable doubt given in the main charge and repeated in the judge's reply to the jury's question. Among other things, the general reasonable doubt instruction included the explanation suggested in *Lifchus* that "[a] reasonable doubt is based upon reason and common sense. It must logically arise from the evidence or a contradiction in the evidence or an absence of the evidence which you have heard during this trial." In further compliance with *Lifchus*, the trial judge did not "unnecessarily complicate the task of the jury" in the main charge by suggesting that a reasonable doubt is a doubt for which a reason can be supplied. Indeed, at one point in his charge, he stressed that the jury would "not be called upon to justify your final verdict to anyone", telling the jurors:

> You will not have to explain why you arrived at a particular verdict. You will not have to stand up and say guilty because or not guilty because. . . .
>
> Furthermore, no one is allowed to ask you, even myself, what happened during your deliberations, what went on, what was the thought process? [A.R., at p. 65]

The substance of the main charge on reasonable doubt was therefore entirely correct.

[45] The jury's question was a clear indication that it still required assistance on the definition of reasonable doubt and the application of this concept to the evidence. This Court has repeatedly stressed the importance of providing clear, precise answers to questions from a jury: *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at pp. 528-31; *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at paras. 16 and 19; and *R. v. Seymour*, [1996] 2 S.C.R. 252, at para. 30. Given the specificity of the query, it was reasonable for the trial judge to decide that more was required than a simple reiteration of the instructions contained in the main charge. In particular, the trial judge recognized that it was important to tell the jury that their verdict must be based, not on feelings or intuitions but rather, as

[44] À mon avis, les directives du juge du procès en l'espèce respectent entièrement le critère de l'arrêt *Lifchus*. Nul ne conteste le bien-fondé de la directive générale sur le doute raisonnable, donnée dans l'exposé principal et reprise dans la réponse du juge à la question des jurés. La directive générale sur le doute raisonnable comportait notamment l'explication suivante proposée dans l'arrêt *Lifchus* : [TRADUCTION] « Un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens. Il doit reposer logiquement sur la preuve ou sur une contradiction dans la preuve ou encore sur l'insuffisance de la preuve qui vous a été présentée pendant le procès. » Respectant là encore l'arrêt *Lifchus*, le juge du procès n'a pas « compliqu[é] inutilement la tâche du jury » en suggérant dans l'exposé principal qu'un doute raisonnable est un doute pouvant être justifié. D'ailleurs, à un moment donné, il a souligné que les jurés ne seraient [TRADUCTION] « pas appelés à justifier [leur] verdict définitif à quiconque » et il leur a dit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Vous n'aurez pas à expliquer pourquoi vous êtes arrivés à un verdict en particulier. Vous n'aurez pas à vous lever et à dire coupable parce que ou non coupable parce que. . .
>
> De plus, personne, même moi, n'a le droit de vous demander comment se sont déroulées les délibérations, ce qui s'est passé, le raisonnement suivi. [d.a., p. 65]

Pour l'essentiel, l'exposé principal sur le doute raisonnable était donc tout à fait correct.

[45] La question posée par le jury indiquait clairement que les jurés avaient encore besoin d'aide au sujet de la définition du doute raisonnable et de son application à la preuve. À maintes reprises, notre Cour a souligné l'importance de fournir des réponses claires et précises aux questions des jurés : *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, p. 139; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 528-531; *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, par. 16 et 19; et *R. c. Seymour*, [1996] 2 R.C.S. 252, par. 30. Il était raisonnable, vu la précision de la question posée, que le juge du procès décide de ne pas s'en tenir à simplement répéter les directives énoncées dans l'exposé principal. Il a plus particulièrement reconnu l'importance de dire aux jurés que leur verdict devait se fonder non pas sur des impressions ou des intuitions mais plutôt,

set out in *Lifchus* above, "on reason and common sense" which, in turn, "must be logically based upon the evidence or lack of evidence" before the court (emphasis added). The trial judge explained what that meant by setting out generic examples of how a juror's analysis on reasonable doubt might proceed.

[46] The majority in the court below was of the view that "[s]tanding alone" the suggestion that individual jurors be in a position to explain their conclusion on reasonable doubt "would not necessarily have been problematic" (para. 59). The majority took exception with the examples that the trial judge gave in explaining a reasonable doubt analysis because these examples exacted too demanding a standard for the jury. Doyon J.A. explained his view as follows at para. 60:

> [E]ach of the jurors having a reasonable doubt would have to be in a position to explain his or her point of view and identify specific reasons for his or her reasonable doubt. This is the meaning of the very demanding examples given by the trial judge, further to which the jurors would have to be able to say, for instance, that they did not believe a witness and, in addition, be able to explain precisely why they did not believe him.

[47] I respectfully disagree. In my view, the instruction contains no error. As Côté J.A. put it, "the standard requires a serious examination of the evidence upon which the verdict is to be based" (para. 139) and that was the essence of the message conveyed to the jury. It is particularly noteworthy that the trial judge in this case wisely sought the advice of counsel before answering the jury's question. Questions that arise during the course of jury deliberations are often crucially important and are not always easy to answer. Counsel are well placed to provide valuable assistance to a trial judge in crafting appropriate answers to jury questions. Counsel in this case raised no objection, either to the trial judge's proposed answer, or to the instructions themselves after they were delivered. One can only conclude that they could perceive no difficulty with the trial judge's answer in the context it was

comme l'indique l'arrêt *Lifchus*, « sur la raison et le bon sens » lesquels « doi[vent] reposer logiquement sur la preuve ou l'absence de preuve » devant le tribunal (je souligne). Le juge du procès a donné des explications à ce sujet en fournissant des exemples généraux de la façon, pour un juré, de procéder à l'analyse relative au doute raisonnable.

[46] Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [p]rise isolément », la proposition selon laquelle chacun des jurés devrait être en mesure d'expliquer ses conclusions concernant le doute raisonnable [TRADUCTION] « n'aurait pas nécessairement été problématique » (par. 59). La majorité a exprimé son désaccord avec les exemples que le juge du procès a donnés pour expliquer l'analyse du doute raisonnable, jugeant qu'ils exigeaient des jurés l'application d'une norme trop stricte. Le juge Doyon a expliqué son point de vue comme suit au par. 60 :

> [TRADUCTION] [I]l faudrait que chacun des jurés ayant un doute raisonnable puisse expliquer son point de vue et donner les raisons précises sur lesquelles repose son doute raisonnable. Voilà ce que signifient les exemples très exigeants apportés par le juge du procès, selon lesquels il faudrait que les jurés soient en mesure de dire, à titre d'exemple, qu'ils n'ont pas cru un témoin et, également, d'expliquer avec précision pourquoi ils ne l'ont pas cru.

[47] En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Selon moi, la directive n'est pas erronée. Comme la juge Côté l'a dit, « la norme exige un examen sérieux de la preuve sur laquelle ils fondent leur verdict » (par. 138), et il s'agit là de l'essence du message transmis au jury. Il faut remarquer en particulier que le juge du procès en l'espèce a eu la sagesse de solliciter l'avis des avocats des parties avant de répondre à la question des jurés. Les questions soulevées pendant les délibérations du jury sont souvent d'une importance cruciale et il n'est pas toujours facile d'y répondre. Les avocats des parties sont en mesure de fournir une aide précieuse au juge du procès dans l'élaboration de réponses appropriées. En l'espèce, les avocats n'ont soulevé aucune objection, que ce soit à l'égard de la réponse proposée par le juge ou à l'égard des directives après qu'elles aient été données aux jurés. Force est

given. In these circumstances, their argument on appeal that the trial judge could have better captured the essence of the definition of reasonable doubt by using different examples resonates hollow.

3.2 *Poirier's Statement to Williams*

[48] The sole statement at issue in this appeal is Poirier's statement to Williams, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family." Griffin and Harris argued in the court below that this statement should not have been admitted into evidence by the trial judge. The Court of Appeal was divided not on the question of admissibility, but on the likely effect of the trial judge's limiting instruction to the jury on the use that could be made of the impugned statement. In this Court, Griffin and Harris argue in support of the majority's conclusion below that the limiting instruction was insufficient, and also repeat their primary argument that the trial judge erred by admitting Poirier's statement to Williams in the first place. I will deal first with the question of admissibility before commenting on the limiting instruction.

3.2.1 The Admissibility of Poirier's Statement to Williams

[49] Assessing the admissibility of Poirier's statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family", necessitates a review of what transpired at trial. As is plain from the summary of the evidence provided at the outset of these reasons, both Demaine and Williams testified as to several statements they received from Poirier while he was in hiding in the weeks leading up to his murder. Poirier not being available for cross-examination, these statements of course constitute hearsay if introduced for the proof of their contents. Since several statements the Crown sought to tender at trial arguably fell into the hearsay category, Brunton J. held a *voir dire* at the commencement of the trial,

de conclure que les directives ne posaient pas de problèmes à leurs yeux dans le contexte où elles ont été formulées. Dans ces circonstances, leur argument en appel selon lequel le juge du procès aurait pu mieux faire ressortir l'essence de la définition du doute raisonnable en utilisant d'autres exemples sonne creux.

3.2 *La déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams*

[48] La seule déclaration en litige dans le présent pourvoi est celle que M. Poirier a faite à M^me^ Williams : [TRADUCTION] « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Messieurs Griffin et Harris ont soutenu devant la Cour d'appel que le juge du procès n'aurait pas dû admettre cette déclaration en preuve. La Cour d'appel était divisée non pas sur la question de l'admissibilité, mais sur l'effet que pouvait produire la directive restrictive que le juge du procès a donnée au jury concernant l'utilisation de la déclaration contestée. Devant notre Cour, MM. Griffin et Harris soutiennent, à l'appui de la conclusion de la majorité de la Cour d'appel, que la directive restrictive était insuffisante, et ils reprennent leur principal argument selon lequel le juge du procès a de toute façon commis une erreur en admettant en preuve la déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams. Je vais d'abord traiter de la question de l'admissibilité, puis faire des observations concernant la directive restrictive.

3.2.1 L'admissibilité de la déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams

[49] Pour évaluer l'admissibilité de la déclaration de M. Poirier, à savoir « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin », il faut examiner ce qui s'est passé au procès. Comme il ressort clairement du résumé de la preuve figurant au début des présents motifs, M. Demaine et M^me^ Williams ont tous deux rapporté dans leurs dépositions plusieurs déclarations que M. Poirier leur a faites alors qu'il se cachait dans les semaines précédant sa mort. Monsieur Poirier ne pouvant être contre-interrogé, ces déclarations constituent de toute évidence du ouï-dire si elles sont introduites pour faire foi de leur contenu. Étant donné que plusieurs des déclarations que le ministère public a

based on the preliminary hearing transcripts of the witnesses' testimony, to determine the admissibility of numerous statements made by Poirier to Demaine and Williams.

[50] The Crown argued on the *voir dire* that several of Poirier's statements explained his state of mind or conduct at the time they were spoken and were therefore admissible under the traditional "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule. The Crown also relied on the principled exception to the hearsay rule based on the twin criteria of necessity and reliability.

[51] Counsel for Griffin and counsel for Harris made no submissions on the *voir dire* regarding the traditional exception to the hearsay rule, but contested the admission of the statements under the principled exception. Counsel for Griffin argued that Demaine's credibility was questionable, but quickly conceded that this issue could be fully canvassed at trial and was not of concern at the stage of establishing threshold reliability. He presented no other argument. Counsel for Harris raised concerns about the reliability of Williams' testimony in respect of Poirier's statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" based on an alleged statement wherein Poirier had told another witness that Griffin had indicated he no longer wanted to kill him. Counsel acknowledged, however, that this other statement was not before the court.

[52] The trial judge ruled the statements admissible. The following excerpt of his reasons on the *voir dire* demonstrates that he was alive to the very concern that now occupies this Court:

> While the issue was not raised by the defence, I have directed my attention particularly to the statement received by Ms. Williams from Mr. Poirier to the effect

cherché à mettre en preuve au procès constituaient vraisemblablement une preuve par ouï-dire, au début du procès, le juge Brunton a procédé à un voir-dire sur la base de la transcription des dépositions des témoins lors de l'enquête préliminaire afin de déterminer l'admissibilité de plusieurs déclarations que M. Poirier aurait faites à M. Demaine et à M^me^ Williams.

[50] Lors du voir-dire, le ministère public a soutenu que plusieurs des déclarations de M. Poirier expliquaient son état d'esprit ou sa conduite au moment où il les a faites et qu'elles étaient donc admissibles en vertu de l'exception traditionnelle de « l'état d'esprit » ou des « intentions existantes » à la règle du ouï-dire. Le ministère public s'est également appuyé sur l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire fondée sur le double critère de la nécessité et de la fiabilité.

[51] Les avocats de M. Griffin et de M. Harris n'ont soumis aucune observation lors du voir-dire concernant l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire, mais ils ont contesté l'admission des déclarations sur le fondement de l'exception raisonnée. L'avocat de M. Griffin a fait valoir que la crédibilité de M. Demaine était douteuse, mais il a rapidement concédé que cette question pourrait être examinée en détail au procès et qu'elle n'était pas pertinente pour établir le seuil de fiabilité. Il n'a fait valoir aucun autre argument. L'avocate de M. Harris a déclaré avoir des doutes quant à la fiabilité du témoignage de M^me^ Williams concernant le fait que M. Poirier lui aurait dit : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin », en raison du fait que M. Poirier aurait déclaré à un autre témoin que M. Griffin avait dit qu'il n'avait plus l'intention de le tuer. L'avocate de M. Harris a toutefois reconnu que la preuve de cette autre déclaration n'avait pas été faite.

[52] Le juge du procès a conclu à l'admissibilité des déclarations. Les extraits suivants de ses motifs relatifs au voir-dire montrent qu'il était conscient du problème qui intéresse maintenant notre Cour :

> [TRADUCTION] Bien que la défense n'ait pas soulevé cette question, je me suis attardé à la déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams dans laquelle il aurait indiqué

that if anything happened to him, it would be due to her cousin's family. As I have mentioned, Ms. Williams will provide evidence which links this phrase to Mr. Griffin.

As pointed out in *Smith* and *Starr*, the "state of mind" or "present intentions" traditional exception to the hearsay rule does not permit the admissibility of hearsay to show the state of mind of a third party. The same holds true if a statement is admitted pursuant to the principled exception to the hearsay rule.

In *Starr*, Iacobucci J. would have declared the proposed hearsay of the declarant inadmissible for a number of reasons. One was based upon the fact that the trier of fact was asked to infer Starr's intentions by use of the declarant's hearsay statement. Iacobucci J. felt that in such a case, the prejudice occasioned to *Starr* outweighed the probative value of the evidence.

I have asked myself whether the same situation exists in the present case. Is it not tempting to leap from the fact that Poirier's state of mind is to the effect that if anything happened to him it would be due implicitly to Griffin to an inference that his death was in fact caused by Griffin?

If the evidence was not relevant to some other issue in the trial, it might well be that the prejudicial nature of the evidence would outweigh its probative value. I am of the opinion that the evidence does address another issue.

During the voir dire, I was provided the testimony of Ms. Williams rendered during the preliminary inquiry. During her cross-examination, questions were posed in an attempt to show that Mr. Poirier was concerned about his safety well before he had had any dealings with Mr. Griffin. No doubt the questions were posed to establish that someone other than John Griffin had a motive to kill Poirier.

The hearsay statement of Poirier pointing to his belief, shortly before his death, that if harm came to him it would be at the hands of Griffin is relevant to rebut the notion that others would also have had a motive to kill him at the beginning of 2003.

In these circumstances, while appropriate jury instructions will have to be given, I am of the opinion that the probative value of the hearsay evidence of Poirier, which implicitly identifies Mr. Griffin as someone who wishes him harm, outweighs any prejudicial effect.

(2005 CanLII 5629, at paras. 26-33)

que s'il devait lui arriver quelque chose, ce serait la faute de la famille du cousin de M^me^ Williams. Comme je l'ai déjà dit, M^me^ Williams fournira une preuve établissant un lien entre cette phrase et M. Griffin.

Comme le soulignent les arrêts *Smith* et *Starr*, l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire relative à l'« état d'esprit » ou aux « intentions existantes » ne permet pas de conclure à l'admissibilité d'une preuve par ouï-dire pour établir l'état d'esprit d'un tiers. Cela vaut également si une déclaration est admise en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

Dans *Starr*, le juge Iacobucci aurait déclaré la preuve par ouï-dire du déclarant inadmissible pour plusieurs raisons, notamment parce que le juge des faits était appelé à déterminer les intentions de M. Starr en utilisant la déclaration relatée. Le juge Iacobucci estimait que dans ce cas, le préjudice causé à l'accusé l'emportait sur la valeur probante de la preuve.

Je me suis demandé si la situation était la même en l'espèce. Partant du fait que M. Poirier pensait que si quelque chose devait lui arriver, ce serait implicitement la faute de M. Griffin, n'est-il pas tentant de sauter à la conclusion que c'est M. Griffin qui a causé sa mort?

Si la preuve ne concerne pas d'autres questions en litige, il est bien possible que le caractère préjudiciable de la preuve l'emporte sur sa valeur probante. Or, je suis d'avis que la preuve concerne d'autres points en litige.

Pendant le voir-dire, on m'a fourni la transcription de la déposition de M^me^ Williams à l'enquête préliminaire. Pendant son contre-interrogatoire, des questions lui ont été posées en vue de montrer que M. Poirier craignait pour sa sécurité bien avant qu'il n'ait eu affaire à M. Griffin. Il ne fait pas de doute que ces questions ont été posées en vue d'établir qu'une personne autre que John Griffin avait une raison de tuer M. Poirier.

La déclaration relatée de M. Poirier signalant qu'il croyait, peu de temps avant sa mort, que s'il lui arrivait quelque chose ce serait à cause de M. Griffin est utile pour réfuter la thèse voulant qu'au début de 2003, d'autres personnes avaient des raisons de le tuer.

Dans ces circonstances, bien qu'il sera nécessaire de donner des directives appropriées aux jurés, je suis d'avis que la valeur probante de la déclaration relatée de M. Poirier, dans laquelle il identifie de façon implicite M. Griffin en tant que personne qui lui veut du mal, l'emporte sur son effet préjudiciable.

(2005 CanLII 5629, par. 26-33)

[53] In this Court, Griffin and Harris argue that the trial judge ought to have ruled Poirier's statement to Williams inadmissible because it "contained no expression whatsoever of his own intentions", nor did it indicate that he feared Griffin. In the respondents' submission, the statement, "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" expressed nothing but Poirier's belief that Griffin intended to harm him. As such, Poirier's was a statement about Griffin's intentions, not his own, and it was therefore inadmissible hearsay. Alternatively, Griffin and Harris argue that if the statement was admissible as expressive of Poirier's state of mind, the prejudicial effect of the statement outweighed its probative value.

[54] I will deal firstly with the argument that the impugned statement was one of Griffin's "present intentions", not Poirier's and, as such, fell outside the scope of the traditional exception to the hearsay rule.

[55] As the trial judge noted in his ruling on the *voir dire*, the danger inherent in admitting Poirier's statement into evidence was that the jury might be tempted to leap from the fact of Poirier's fear of Griffin to the conclusion that Griffin in fact intended to kill him, and ultimately carried out the murder. In other words, the concern was that the jury might take the statement as proof of Griffin's intentions. Citing both *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144, the trial judge correctly observed that the "state of mind" or "present intentions" exception to the hearsay rule does not permit the admission of hearsay to show the state of mind of a third party. This principle requires some further elaboration in the context of this case.

[56] In *Smith*, Lamer C.J. cited with approval at p. 927, the following excerpt from *R. v. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (Ont. H.C.J.), *per* Doherty J. (as he then was), at pp. 343-44:

[53] Devant notre Cour, MM. Griffin et Harris ont soutenu que le juge du procès aurait dû conclure à l'inadmissibilité de la déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams parce qu'elle [TRADUCTION] « ne révélait aucune expression de ses propres intentions » ni qu'il avait peur de M. Griffin. Selon les observations des intimés, la déclaration « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin » n'exprime rien d'autre que la croyance de M. Poirier que M. Griffin lui voulait du mal. En tant que telle, la déclaration concernait les intentions de M. Griffin et non celles de M. Poirier, et constituait donc une preuve par ouï-dire inadmissible. Subsidiairement, MM. Griffin et Harris plaident que si la déclaration était admissible parce qu'elle montrait l'état d'esprit de M. Poirier, son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante.

[54] Dans un premier temps, je vais examiner l'argument selon lequel la déclaration contestée reflétait l'une des « intentions existantes » de M. Griffin et non de M. Poirier et n'était donc pas visée par l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire.

[55] Comme le juge du procès l'a fait remarquer dans sa décision relative au voir-dire, le danger inhérent à l'admission en preuve de la déclaration de M. Poirier était que les jurés soient tentés, en raison du fait que M. Poirier avait peur de M. Griffin, de sauter à la conclusion que M. Griffin avait effectivement l'intention de le tuer, et qu'en bout de ligne il avait commis le meurtre. Autrement dit, on craignait que la déclaration constitue aux yeux des jurés une preuve des intentions de M. Griffin. Citant les arrêts *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, le juge du procès a à juste titre fait remarquer que l'exception à la règle du ouï-dire relative à l'« état d'esprit » ou aux « intentions existantes » ne permet pas l'admission d'une preuve par ouï-dire pour démontrer l'état d'esprit d'un tiers. Ce principe doit être expliqué davantage dans le contexte du présent pourvoi.

[56] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer a cité en l'approuvant (à la p. 927) l'extrait suivant de l'arrêt *R. c. P. (R.)* (1990), 58 C.C.C. (3d) 334 (H.C.J. Ont.), le juge Doherty (maintenant juge de la Cour d'appel), p. 343-344 :

An utterance indicating that a deceased had a certain intention or design will afford evidence that the deceased acted in accordance with that stated intention or plan where it is reasonable to infer that the deceased did so. . . .

The rules of evidence as developed to this point do not exclude evidence of utterances by a deceased which reveal her state of mind, but rather appear to provide specifically for their admission where relevant. The evidence is not, however, admissible to show the state of mind of persons other than the deceased (unless they were aware of the statements), or to show that persons other than the deceased acted in accordance with the deceased's stated intentions, save perhaps cases where the act was a joint one involving the deceased and another person. [Emphasis added.]

[57] Writing for the majority in *Starr*, Iacobucci J. referred to the above passage in *Smith* and elaborated on the reasons why a statement of intention cannot be admitted to prove the intentions of someone other than the declarant, stating in part at para. 172:

[T]here are very good reasons behind the rule against allowing statements of present intention to be used to prove the state of mind of someone other than the declarant. As noted above, the central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible. [Emphasis in original deleted.]

[TRADUCTION] Une déclaration montrant qu'une personne décédée avait une certaine intention ou un certain dessein contribue à prouver que cette dernière a donné suite à cette intention ou à ce dessein explicite lorsqu'il est raisonnable de déduire qu'elle l'a fait. . .

Les règles de preuve établies jusqu'à ce jour n'excluent pas la preuve des déclarations d'une personne décédée qui révèlent son état d'esprit, mais paraissent plutôt prévoir expressément leur admission lorsque cela est utile. Toutefois, la preuve n'est pas admissible pour montrer l'état d'esprit de personnes autres que la personne décédée (à moins que celles-ci n'aient été au courant des déclarations) ou pour établir que des personnes autres que la personne décédée ont donné suite aux intentions explicites de cette dernière, sauf peut-être dans le cas d'un acte que la personne décédée et une autre personne ont accompli ensemble. [Je souligne.]

[57] S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Starr*, le juge Iacobucci a fait référence au passage de l'arrêt *Smith* reproduit ci-dessus et il a précisé les raisons pour lesquelles une déclaration d'intention ne saurait être admise pour faire la preuve des intentions d'une personne autre que le déclarant. Il a dit notamment ce qui suit au par. 172 :

[D]'excellentes raisons sous-tendent la règle interdisant l'utilisation des déclarations d'intention existante pour prouver l'état d'esprit d'une personne autre que le déclarant. Comme nous l'avons vu, le principal problème que pose le ouï-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements : premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double ouï-dire. Étant donné que chaque niveau du double ouï-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de ouï-dire doit également être admissible. [Soulignement dans l'original omis.]

[58] Applying *Smith* and *Starr* to the facts of the present case, there is no doubt that Poirier's statement cannot be admitted as proof of Griffin's intentions, because we do not know the basis on which Poirier came to believe that if he was harmed, Griffin would be responsible. Hence, Poirier's statement is not admissible to prove a third party's intentions, unless the "second level of hearsay" is also admissible. The same principle applies to statements of present state of mind. If, for example, Poirier had said to Williams that his friend Besso was afraid of Griffin, the statement could not be admitted to prove that Besso in fact feared Griffin. That the deceased's hearsay statement about *his own* state of mind or intention to follow a particular course of action cannot constitute proof of *another person*'s state of mind or intentions only makes good sense.

[59] In the case before us, however, the statement at issue was not admitted to prove the state of mind or intentions of a third party. No one questioned at trial, or in the court below, that the inference that Poirier feared Griffin could be drawn from the former's statement to Williams. The statement was tendered and admitted for the truth of the fact that *Poirier* himself feared Griffin, a purpose that does not exceed the scope of the "state of mind" exception to the hearsay rule. As this Court stated in *Starr*, declarations of present state of mind are admissible under the traditional exception to the hearsay rule where the declarant's state of mind is relevant and the statement is made in a natural manner and not under circumstances of suspicion (para. 168). In the present case, there was no argument that the statement was made under circumstances of suspicion. Poirier's fear of Griffin was a relevant fact — it was relevant to motive and, in turn to the issue of identification. Although a declarant's hearsay statement cannot constitute proof of a third party's state of mind, this does not mean that the declarant's state of mind can have no bearing on other issues in the case. I will explain.

[58] L'application des arrêts *Smith* et *Starr* aux faits de l'espèce m'amène à conclure qu'il ne fait pas de doute que la déclaration de M. Poirier ne peut être admise en tant que preuve des intentions de M. Griffin parce que nous ne savons pas sur quel fondement M. Poirier en est venu à croire que M. Griffin serait responsable de ce qui pourrait lui arriver. La déclaration de M. Poirier n'est donc pas admissible pour prouver les intentions d'un tiers, à moins que le « deuxième niveau de ouï-dire » soit également admissible. Ce principe s'applique également aux déclarations révélant l'état d'esprit existant. Si, par exemple, M. Poirier avait dit à M^me^ Williams que son ami M. Besso avait peur de M. Griffin, la déclaration n'aurait pu être admise en vue de prouver que M. Besso avait effectivement peur de M. Griffin. Il est logique que la déclaration relatée de la personne décédée concernant *son propre* état d'esprit ou *sa propre* intention de prendre une mesure donnée ne puisse constituer une preuve de l'état d'esprit ou des intentions d'*une autre personne*.

[59] Dans le présent pourvoi toutefois, la déclaration en litige n'a pas été admise en preuve en vue d'établir l'état d'esprit ou les intentions d'un tiers. Au procès ou devant la Cour d'appel, nul n'a mis en doute qu'il était permis d'inférer de sa déclaration à M^me^ Williams que M. Poirier craignait M. Griffin. La déclaration a été présentée et admise en preuve en vue d'établir que *M. Poirier* lui-même avait peur de M. Griffin, ce qui n'excède pas la portée de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit ». Comme notre Cour l'a dit dans *Starr*, les déclarations concernant l'état d'esprit existant sont admissibles en vertu de l'exception traditionnelle à la règle du ouï-dire lorsqu'il est utile de savoir quel était l'état d'esprit du déclarant et que la déclaration paraît avoir été faite de manière naturelle et non pas dans des circonstances douteuses (par. 168). En l'espèce, personne n'a prétendu que la déclaration avait été faite dans des circonstances douteuses. La peur que M. Poirier avait de M. Griffin constituait un élément pertinent — pertinent en ce qui concerne le mobile, lequel est lui-même pertinent à l'identification. Certes, une déclaration relatée ne peut servir à établir l'état d'esprit d'un tiers, mais cela ne signifie pas que l'état d'esprit du déclarant ne peut avoir d'incidence sur d'autres aspects du litige. Je m'explique.

[60] As stated earlier, the sole issue at trial was the identity of Poirier's killer. Although Poirier's state of mind may have no direct bearing on the resolution of the identity of his murderer, it is well established that a deceased's mental state may be relevant to the question of an accused's motive. As Doherty J. explained in the oft-approved judgment in *P. (R.)*, at p. 339:

> . . . the deceased's mental state may bear no direct relevance to the ultimate issue of identification but it will none the less be relevant to that issue if it is relevant to another fact (*e.g.*, motive) which is directly relevant to the ultimate issue of identification.

In turn, that evidence of motive is relevant and admissible particularly where, on the issues of identity and intention, the evidence is purely circumstantial, is equally well established at law: *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at pp. 834-38.

[61] The state of the relationship between a deceased and an accused in the time period leading up to the former's murder has been recognized as probative of the issue of motive. For example, in *R. v. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, identity was the crucial issue at trial. The trial judge admitted statements made by the deceased expressing fear of the accused on the basis that such statements were probative of the issues of "malice, motive, [and] state of mind" (para. 104) which in turn were relevant to identity. The Nova Scotia Court of Appeal agreed (at para. 133):

> [The deceased's] state of mind and [the accused's] state of mind are probative of the relationship between them at the time of [the deceased's] murder. Therefore, they are probative of motive, which is relevant to identity.

[62] The conclusion in *Assoun* echoes that of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201, where the court considered the relationship between a deceased's state of mind and the

[60] Comme je l'ai déjà signalé, l'identité du meurtrier de M. Poirier était la seule question en litige au procès. Bien que l'état d'esprit de M. Poirier puisse ne pas avoir d'incidence directe sur la question de l'identité de son meurtrier, il est bien établi que l'état psychologique d'une victime peut aider à établir les raisons ayant poussé l'accusé à agir. Comme l'explique le juge Doherty à la p. 339 de l'arrêt *P. (R.)*, souvent cité avec approbation :

> [TRADUCTION] [L]'état psychologique de la personne décédée peut ne pas avoir d'incidence directe sur la question ultime de l'identification, mais être néanmoins pertinent à cet égard s'il éclaire un autre fait (p. ex., le mobile) qui se rapporte directement à la question ultime de l'identification.

Par ailleurs, il est également bien établi en droit que la preuve visant à démontrer le mobile est pertinente et admissible, particulièrement dans les cas où, sur les questions de l'identité et de l'intention, la preuve est strictement circonstancielle : *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 834-838.

[61] L'état de la relation entre la victime d'un meurtre et un accusé dans la période ayant précédé le crime constitue un élément de preuve probant relativement à la question du mobile. À titre d'exemple, dans *R. c. Assoun*, 2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96, l'identité était la principale question en litige au procès. Le juge a admis en preuve les déclarations de la personne décédée révélant qu'elle avait peur de l'accusé parce que ces déclarations démontraient la [TRADUCTION] « malice, le mobile et l'état d'esprit » (par. 104), des éléments pertinents à l'identité. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a souscrit à cette conclusion (par. 133) :

> [TRADUCTION] [L]'état d'esprit [de la personne décédée] et l'état d'esprit [de l'accusé] révèlent la nature de leur relation dans la période précédant la mort de la victime. Par conséquent, cette preuve est probante relativement au mobile, qui à son tour est utile pour établir l'identité.

[62] La conclusion tirée dans l'arrêt *Assoun* reprend celle de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Foreman* (2002), 6 C.R. (6th) 201, où la cour a examiné le rapport entre l'état d'esprit d'une

issue of motive. Upholding the trial judge's admission of statements made by the deceased shortly before her death in which she expressed fear of the accused, the court stated as follows (at para. 30):

> Motive refers to an accused's state of mind. . . . [T]he deceased's state of mind was one link in a chain of reasoning which could lead to a finding that the [accused] had a motive to kill [the deceased]. In that way, evidence of [the deceased's] state of mind had an indirect connection to the appellant's state of mind.

[63] The connection between a deceased's state of mind and that of an accused arises by virtue of a pre-existing relationship between the two; if a deceased and an accused are unknown to one another, this course of logic can find no application. That the relationship between a deceased and an accused was acrimonious or that the two had engaged in a dispute in the period leading up to a murder are highly relevant to the issue of motive because such information may afford evidence of the accused's animus or intention to act against the victim: *R. v. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319, at para. 31. See also *R. v. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71, aff'd [1996] 1 S.C.R. 757. This is not to say that a deceased's state of mind alone is capable of proving motive. Insofar as it affords evidence of the nature of the relationship between a deceased and an accused, however, a deceased's state of mind is one piece of evidence that may be relevant to the issue of motive.

[64] In the instant appeal, Poirier's fearful state of mind is probative of the nature of the relationship between he and Griffin in the time period immediately preceding the murder. The two were known to one another prior to the murder and had engaged in drug-related transactions resulting in a sizeable debt owed to Griffin by Poirier. Poirier sensed that Griffin's animus towards him was increasing throughout January 2003 and it is apparent that he acted accordingly: Poirier refused to meet with Griffin, he went into hiding at the

personne décédée et la question du mobile. En maintenant la décision du juge du procès d'admettre en preuve les déclarations de la victime faites peu avant sa mort, dans lesquelles elle avait indiqué avoir peur de l'accusé, la cour a affirmé ce qui suit (par. 30) :

> [TRADUCTION] Le mobile est lié à l'état d'esprit de l'accusé. [. . .] [L']état d'esprit de la victime constitue un élément du raisonnement susceptible de mener à la conclusion que l'accusé avait une raison de tuer [la victime]. En ce sens, la preuve relative à l'état d'esprit de [la victime] avait un lien indirect avec l'état d'esprit de l'appelant.

[63] Le lien entre l'état d'esprit d'une personne décédée et celui de l'accusé résulte de la préexistence d'une relation entre eux; dans le cas où la personne décédée et l'accusé ne se connaissaient pas, ce raisonnement ne peut s'appliquer. Le fait que la relation entre la personne décédée et l'accusé ait été acrimonieuse ou qu'ils se soient querellés dans la période ayant précédé le meurtre est très pertinent à la question du mobile parce que ce renseignement peut servir à établir l'animosité que nourrissait l'accusé ou son intention d'agir contre la victime : *R. c. Pasqualino*, 2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319, par. 31. Voir également *R. c. Lemky* (1992), 17 B.C.A.C. 71, conf. par [1996] 1 R.C.S. 757. Cela ne signifie pas que l'état d'esprit d'une personne décédée suffit à lui seul à prouver l'existence d'un mobile. Toutefois, dans la mesure où il permet d'établir la nature de la relation entre une personne décédée et un accusé, l'état d'esprit d'une personne décédée est un élément de preuve susceptible d'être pertinent quant à la question du mobile.

[64] Dans le présent pourvoi, la peur éprouvée par M. Poirier sert à établir la nature de la relation entre ce dernier et M. Griffin dans la période précédant immédiatement le meurtre. Ils se connaissaient avant le meurtre et ils avaient participé à des transactions de drogue à la suite desquelles M. Poirier devait d'importantes sommes d'argent à M. Griffin. Monsieur Poirier a senti tout au long du mois de janvier 2003 que l'animosité de M. Griffin à son égard montait et, de toute évidence, il a agi en conséquence : M. Poirier a refusé de rencontrer

Clarion Hotel, and, by way of the statement now at issue before this Court, he told his girlfriend that he believed that Griffin intended him harm. All of these facts make it more likely that Griffin had the motive ascribed to him by the Crown than would otherwise be the case. Indeed, quite apart from this statement, the evidence that Griffin had a motive to harm Poirier was overwhelming.

[65] In addition to its broad relevance as one piece of a large puzzle of circumstantial evidence going to proof of motive, Poirier's state of mind took on an elevated importance in light of the defence argument advanced in this case. In admitting the impugned statement, the trial judge correctly observed that Poirier's particularized fear of Griffin was evidence that tended to rebut the defence proposition that someone other than Griffin might have had a motive to kill Poirier in January 2003. While Poirier's fear of Griffin was not conclusive on this issue, the evidence was highly relevant to the question of identity. That Poirier was driven into hiding and was fearful for his safety in the weeks preceding his death because of his fear of Griffin, and not because of his fear of someone else as suggested by the defence, could be properly considered as one piece of circumstantial evidence refuting the defence theory that someone other than Griffin may have killed Poirier.

[66] Thus, the trial judge correctly appreciated that the deceased's mental state was highly probative of the issue of motive and that it took on additional probative value in that it tended to rebut the specific defence proposition that someone other than Griffin may have had a motive to kill Poirier in January 2003. Properly acknowledging the need for an appropriate limiting instruction, the trial judge found that the statement's probative value outweighed its possible prejudicial effect and admitted the statement into evidence. The trial

M. Griffin, il a trouvé refuge à l'hôtel Clarion et, en faisant la déclaration qui est en litige devant notre Cour, il a fait savoir à sa petite amie qu'il croyait que M. Griffin lui réservait un mauvais sort. Tous ces faits font en sorte qu'il est vraisemblable que le mobile de M. Griffin était celui que lui attribuait le ministère public. D'ailleurs, abstraction faite de cette déclaration, la preuve démontrant que M. Griffin avait une raison de vouloir s'en prendre à M. Poirier était accablante.

[65] En plus de sa pertinence générale comme pièce du vaste puzzle de la preuve circonstancielle visant à établir le mobile, l'état d'esprit de M. Poirier a pris une importance accrue en raison de l'argument avancé par la défense en l'espèce. En admettant en preuve le témoignage contesté, le juge du procès a à juste titre fait remarquer que la peur avouée qu'éprouvait M. Poirier à l'égard de M. Griffin constituait une preuve visant à réfuter la thèse de la défense selon laquelle une personne autre que M. Griffin aurait pu avoir un motif de tuer M. Poirier au mois de janvier 2003. Bien que la peur qu'éprouvait M. Poirier à l'endroit de M. Griffin ne soit pas un élément de preuve concluant à cet égard, cette preuve était très pertinente à la question de l'identité. Le fait que dans les semaines précédant sa mort, M. Poirier ait jugé nécessaire de se cacher et craignait pour sa sécurité parce qu'il avait peur de M. Griffin, et non parce qu'il craignait une autre personne, comme l'a suggéré la défense, pouvait avec raison être considéré comme un élément de preuve circonstancielle réfutant la thèse de la défense selon laquelle il était possible qu'une personne autre que M. Griffin ait assassiné M. Poirier.

[66] Ainsi, le juge du procès a correctement estimé que l'état mental de la victime était extrêmement probant quant au mobile et qu'il prenait une valeur probante additionnelle parce qu'il tendait à réfuter la thèse de la défense voulant qu'une personne autre que M. Griffin ait pu avoir un motif de tuer M. Poirier au mois de janvier 2003. Ayant à juste titre reconnu qu'une directive restrictive s'imposait dans les circonstances, le juge du procès a conclu que la valeur probante de la déclaration l'emportait sur l'effet préjudiciable qu'elle risquait

judge's decision accorded with the applicable legal principles, and as such, it is entitled to deference: *R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 36, and *R. v. Couture*, 2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517, at para. 81. I see no reason to disturb the trial judge's ruling on admissibility.

3.2.2 The Limiting Instruction

[67] I now turn to the limiting instruction given to the jury in respect of Poirier's statement of fear of Griffin. The trial judge first told the jury that it should approach the evidence regarding statements by Poirier to others with caution given that Poirier was not under oath, nor present in court to be observed or cross-examined. An instruction to the same effect was also given during the course of the trial at the time the various hearsay statements were introduced in evidence. The trial judge informed the jurors that they should carefully assess the credibility of those witnesses recounting utterances by Poirier before deciding to place any reliance on such statements. The trial judge then gave the following directions on the permissible uses to which Poirier's statement to Williams could be put:

> That remark can be used, one, to determine the state of mind of Mr. Poirier shortly before his death, that he felt, his state of mind was, that if he was in any danger, it would be due to Mr. Griffin. It cannot be used as proof of the state of mind of Mr. Griffin. It cannot be used by you to arrive at the conclusion that indeed Mr. Griffin had a state of mind where he wanted to cause harm to Mr. Poirier.
>
> That state of mind of Mr. Poirier, if you accept that evidence, that he felt at that particular moment in time, that if he was in danger, it was because of Mr. Griffin, can address another issue. There was cross-examination, both of madam Williams and of other witnesses, which show that beginning in the autumn of two thousand and two (2002), Mr. Poirier had some security concerns. You will recall that madam Williams left their common residence to go live on Cavendish Street in the autumn, well before it would appear -- that Mr. Poirier would have had any dealings or that the event that would

d'avoir et il a admis cette déclaration en preuve. La décision du juge du procès respectait les principes juridiques applicables et par conséquent, elle commande la déférence : *R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 36, et *R. c. Couture*, 2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517, par. 81. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans la décision du juge du procès quant à l'admissibilité.

3.2.2 La directive restrictive

[67] J'examine maintenant la directive restrictive que le juge du procès a donnée au jury concernant la déclaration faisant ressortir que M. Poirier avait peur de M. Griffin. Le juge du procès a d'abord dit au jury qu'il devait examiner avec prudence la preuve relative aux déclarations de M. Poirier à d'autres personnes parce que M. Poirier n'avait pas prêté serment et n'était pas présent devant le tribunal où il aurait été possible de l'observer et de le contre-interroger. Une directive en ce sens a également été donnée pendant le procès, au moment où les diverses déclarations relatées ont été présentées en preuve. Le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils devaient soigneusement évaluer la crédibilité des témoins relatant des propos tenus par M. Poirier avant de décider de se fier à ces déclarations. Le juge du procès a ensuite donné les directives suivantes concernant l'utilisation, par le jury, de la déclaration de M. Poirier à M^me^ Williams :

> [TRADUCTION] Cette remarque peut être utilisée, premièrement, pour déterminer l'état d'esprit de M. Poirier peu avant sa mort, soit qu'il croyait, qu'il pensait que s'il se trouvait en danger, ce serait à cause de M. Griffin. Elle ne peut être utilisée comme preuve de l'état d'esprit de M. Griffin. Vous ne pouvez vous en servir pour conclure que M. Griffin voulait effectivement faire du mal à M. Poirier.
>
> L'état d'esprit de M. Poirier, si vous acceptez cette preuve, à savoir qu'il croyait à ce moment précis que s'il se trouvait en danger, c'était à cause de M. Griffin, peut être utile dans l'examen d'une autre question. Les contre-interrogatoires de M^me^ Williams et d'autres témoins révèlent qu'au début de l'automne deux mille deux (2002), M. Poirier avait des craintes quant à sa sécurité. Vous vous rappellerez qu'à l'automne, M^me^ Williams a quitté leur résidence pour aller vivre sur la rue Cavendish et ce bien avant, semble-t-il, que M. Poirier ait eu affaire à M. Griffin ou que l'événement

have lead to the conflict with Mr. Griffin would have occurred. There is also evidence that he would have had business problems with other people, Mr. Jeobbey, the [h]ash deal, where he would have owed money to Mr. Jeobbey.

So, there is proof for you to consider that perhaps Mr. Poirier had other people who weren't very happy with him. But you can use, if you accept that he said it, when he tells madam Williams, shortly before his death: If anything happens to me, it's going to be due to your cousin's family. You can use that to eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned. In other words, as far as he was concerned, shortly before his death, notwithstanding the problems he had with other people, he felt that the only source of real problems for him was his cousin's family, but that goes again to his state of mind. And I emphasize again that you cannot use that evidence to impute a state of mind, to give a state of mind to Mr. Griffin. You cannot use that statement to say, Mr. Griffin wanted to cause him harm. [Emphasis added; A.R., at pp. 104-6.]

[68] Doyon J.A. for the majority of the Court of Appeal was of the opinion that this instruction properly limited the statement for use in establishing Poirier's state of mind, but not Griffin's. Indeed, he stated, "[i]f the trial judge had limited the use of the statement to establish that Mr. Poirier was afraid of Mr. Griffin, I would have rejected this ground of appeal" (para. 90). Doyon J.A.'s difficulty arose from the second part of the instruction, where the trial judge told the jury that it could use the statement to "eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned". Doyon J.A. was of the opinion that there existed "a reasonable likelihood that the jury improperly used the statement of the deceased to actually eliminate other potential murderers, instead of limiting this conclusion to the victim's state of mind" (para. 90). In his view, "[t]he distinction between actually eliminating other potential murderers and limiting this conclusion to the victim's state of mind is so tenuous that it is virtually impossible to conclude that the jury applied it" (para. 89).

ayant engendré le conflit avec M. Griffin se soit produit. La preuve montre également que M. Poirier aurait eu des problèmes à la suite de transactions avec une autre personne, M. Jeobbey -- la transaction de hash -- à la suite de laquelle il devait de l'argent à M. Jeobbey.

Il y a donc des éléments de preuve à prendre en compte, indiquant qu'il y avait peut-être d'autres personnes qui en voulaient à M. Poirier. Mais vous pouvez vous servir de la déclaration, si vous acceptez qu'il l'a faite, dans laquelle il a dit à M^me^ Williams, peu avant sa mort : « S'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Vous pouvez utiliser cette déclaration pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui. Autrement dit, selon lui, peu avant sa mort, quels que soient les problèmes qu'il ait pu avoir avec d'autres personnes, il estimait que la famille de son cousin était la seule source de véritables problèmes pour lui, mais cela concerne encore une fois son état d'esprit. Et je tiens à répéter que vous ne pouvez utiliser cette preuve pour imputer un état d'esprit, attribuer un état d'esprit à M. Griffin. Vous ne pouvez utiliser cette déclaration pour dire que M. Griffin voulait lui faire du mal. [Je souligne; d.a., p. 104-106.]

[68] S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Doyon était d'avis que ces directives indiquaient à bon droit que la déclaration pouvait servir à établir l'état d'esprit de M. Poirier, mais non celui de M. Griffin. Il a d'ailleurs dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Si le juge du procès avait indiqué que la déclaration ne pouvait servir qu'à établir que M. Poirier avait peur de M. Griffin, j'aurais rejeté ce moyen d'appel » (par. 90). C'est la deuxième partie de la directive qui a posé problème au juge Doyon, la partie où le juge du procès a dit aux jurés qu'ils pouvaient utiliser la déclaration pour [TRADUCTION] « éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui ». Le juge Doyon était d'avis qu'il existait [TRADUCTION] « une probabilité raisonnable que les jurés utilisent à tort la déclaration du défunt pour éliminer d'autres meurtriers potentiels, plutôt que de s'en tenir à déterminer l'état d'esprit de la victime » (par. 90). À son avis, [TRADUCTION] « [l]a distinction entre éliminer d'autres meurtriers potentiels et se limiter à utiliser cette conclusion pour déterminer l'état d'esprit de la victime est tellement ténue qu'il est pratiquement impossible de conclure que le jury a fait cette distinction » (par. 89).

[69] Côté J.A. disagreed, finding that the limiting instruction was correct in law, and that the jury must be trusted to have followed the judge's directions. As she put it (at para. 174): [TRANSLATION] "In my view, the intelligence of jurors should be trusted as to their comprehension of instructions concerning the limited use which they can make of this evidence": *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 695.

[70] I agree with Côté J.A.

[71] The trial judge properly instructed the jury not to use Poirier's statement for the prohibited purpose of proving Griffin's state of mind, or to conclude that Griffin in fact intended to harm Poirier. He correctly explained that the sole permissible use the jury could make of the statement was as proof of Poirier's state of mind shortly before his death. He also clearly qualified his assertion that the statement could be used to "eliminate other potential people who would want to do him harm" with the phrase "as far as he was concerned", "he" being Poirier. This instruction accurately set out the very purpose for which the statement was tendered — to demonstrate that *as far as Poirier was concerned — in his state of mind* — Griffin was the only person with cause to do him harm. After making this statement, the trial judge immediately re-emphasized that the jury could not use Poirier's statement to impute a state of mind to Griffin. The trial judge did not invite the jury to use the statement for a prohibited purpose. Accordingly, the instructions contained no error.

[72] In my respectful view, the majority erred in finding that the distinction drawn by the trial judge in his limiting instruction "between actually eliminating other potential murderers and limiting this conclusion to the victim's state of mind" was "so tenuous that it is virtually impossible to conclude that the jury applied it" (para. 89). To make too much of the risk that the jury *might* misuse evidence is contrary to established principles of law regarding jury trials. As Côté J.A. aptly noted, juries must be trusted to have the requisite intelligence to

[69] La juge Côté n'était pas de cet avis. Elle a conclu que la directive restrictive était correcte en droit et qu'il faut croire que le jury a suivi les directives du juge. Comme elle l'a dit (au par. 173) : « À mon sens, il faut faire confiance à l'intelligence des jurés quant à leur compréhension des directives sur l'utilisation restreinte qu'ils pouvaient faire de cette preuve » : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 695.

[70] Je suis d'accord avec la juge Côté.

[71] Le juge du procès a indiqué comme il se doit au jury de ne pas utiliser la déclaration de M. Poirier dans le but interdit de prouver l'état d'esprit de M. Griffin ou pour conclure que M. Griffin avait effectivement l'intention de faire du mal à M. Poirier. Il a correctement expliqué que la déclaration pouvait uniquement servir à prouver l'état d'esprit de M. Poirier peu avant sa mort. Il a en outre sensiblement nuancé son affirmation selon laquelle la déclaration pourrait être utilisée pour [TRADUCTION] « éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal » en ajoutant les mots « selon lui », « lui » étant M. Poirier. Cette directive énonce avec exactitude l'objectif même de cet élément de preuve — à savoir démontrer que *selon M. Poirier — dans son état d'esprit* — M. Griffin était la seule personne ayant une raison de lui faire du mal. Immédiatement après avoir fait cette affirmation, le juge du procès a à nouveau insisté sur le fait que le jury ne pouvait utiliser la déclaration de M. Poirier pour attribuer un état d'esprit à M. Griffin. Le juge n'a pas invité les jurés à utiliser la déclaration à une fin non permise. Les directives ne contenaient donc pas d'erreur.

[72] À mon avis, les juges majoritaires ont commis une erreur en concluant que la distinction faite par le juge du procès dans sa directive restrictive [TRADUCTION] « entre effectivement éliminer d'autres meurtriers potentiels et n'utiliser cette conclusion que pour déterminer l'état d'esprit de la victime » était [TRADUCTION] « tellement ténue qu'il est pratiquement impossible de conclure que le jury a fait cette distinction » (par. 89). Trop insister sur le risque que le jury *puisse* faire mauvais usage de la preuve est contraire aux règles de

perform their duties in accordance with the instructions given to them by the trial judge. Dickson C.J. made this point quite forcefully in *Corbett*, at p. 692. His words are entirely apposite here:

> In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system. The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. Jury directions are often long and difficult, but the experience of trial judges is that juries do perform their duty according to the law. We should regard with grave suspicion arguments which assert that depriving the jury of all relevant information is preferable to giving them everything, with a careful explanation as to any limitations on the use to which they may put that information. So long as the jury is given a clear instruction as to how it may and how it may not use evidence of prior convictions put to an accused on cross-examination, it can be argued that the risk of improper use is outweighed by the much more serious risk of error should the jury be forced to decide the issue in the dark. [Emphasis in original deleted.]

[73] Dickson C.J. went on to note that in many situations — for example, when dealing with similar fact evidence or prior inconsistent statements — the jury is permitted to hear and use evidence relevant to one issue, but not to another. All that is required in each case is a clear direction to the jury indicating the permissible and impermissible uses to which the evidence may and may not be put. Dickson C.J. explained, at p. 695:

> If risk that the jury might misuse evidence were enough to render such evidence inadmissible in all cases, then in each of the situations just identified, the

droit bien établies régissant les procès devant jury. Comme la juge Côté l'a signalé avec justesse, il faut faire confiance à la capacité intellectuelle des jurés de s'acquitter de leurs fonctions conformément aux directives du juge du procès. Le juge en chef Dickson s'est exprimé avec force en ce sens dans *Corbett*, p. 692. Son propos à ce sujet est tout à fait pertinent :

> Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys. Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. Les directives aux jurys sont souvent longues et ardues, mais l'expérience des juges confirme que les jurys s'acquittent de leurs obligations d'une manière conforme à la loi. Il faut donc se montrer très méfiant face à des arguments portant qu'il vaut mieux priver les jurés de renseignements pertinents que de tout leur divulguer en prenant bien soin d'expliquer les restrictions imposées à l'usage qu'ils peuvent faire de ces renseignements. Pourvu que le jury reçoive des directives claires quant à la façon dont il peut se servir ou ne pas se servir de la preuve de condamnations antérieures produite au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, on peut prétendre que le risque de mauvais usage cède le pas devant le risque beaucoup plus grave d'erreur qui surgirait si le jury était obligé de se prononcer à l'aveuglette sur la question en litige. [Soulignement dans l'original omis.]

[73] Le juge en chef Dickson fait ensuite remarquer que dans plusieurs situations — par exemple, lorsqu'il est appelé à considérer une preuve de faits similaires ou des déclarations antérieures contradictoires — il est permis au jury d'entendre et d'utiliser des éléments de preuve qui se rapportent à une question, mais non à une autre. Il suffit dans chaque cas de donner au jury des directives claires quant aux utilisations de la preuve qui sont permises et à celles qui ne le sont pas. Le juge en chef Dickson explique ce qui suit à la p. 695 :

> Si le risque que le jury fasse mauvais usage de certains éléments de preuve suffisait pour les rendre inadmissibles dans tous les cas, alors l'exclusion serait

evidence would have to be excluded. Yet the risk of error inherent in depriving the jury of such information is so strong that the balance is struck by allowing the evidence to be received, subject to the trial judge's discretion, but at the same time insisting on a careful direction from the trial judge as to the permissible conclusion or inferences which may be drawn.

[74] In the present case, it was important for the jury to know that Poirier went into hiding and feared for his safety not because of some other drug deal that may have turned sour or because he feared the police, as was suggested in the course of the trial, but because he feared Griffin. To leave the jury in the dark on this important feature of the case would distort the truth seeking function of the trial. Furthermore, there was nothing particularly complex about the limited use the jury could make of this evidence. That a statement made *by Poirier*, about the person *he* feared at the time, could only go to establishing *his* state of mind and not that of Griffin or anyone else, is at its core a proposition that entirely accords with common sense, the very attribute which gives the jury its strength.

4. Disposition

[75] I would allow the appeals and restore the convictions.

The following are the reasons delivered by

LeBel and Fish JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[76] The relevant facts are fully and accurately set out in the reasons of Charron J., and we have nothing to add in that regard. With respect, however, we are of a different opinion and have arrived at a different result. We would dismiss the Crown's appeals and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial for both respondents.

obligatoire dans chacun des cas qui viennent d'être mentionnés. Pourtant, le risque d'erreur est tellement grand lorsque le jury est privé de ces renseignements qu'on assure l'équilibre entre les parties en permettant la réception des éléments de preuve en question, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès; mais on tient en même temps à ce que le juge du procès prenne soin de donner des directives concernant les conclusions qui peuvent en être tirées.

[74] En l'espèce, il importait que le jury sache que M. Poirier s'était caché et qu'il craignait pour sa sécurité non pas en raison de quelque autre transaction de drogue ayant possiblement mal tourné ou parce qu'il craignait la police, comme il a été suggéré pendant le procès, mais bien parce qu'il avait peur de M. Griffin. Omettre de présenter aux jurés cet élément important de la preuve fausserait le processus de recherche de la vérité intrinsèque aux procès. De plus, l'utilisation limitée que le jury pouvait faire de la preuve n'avait rien de particulièrement complexe. Le fait qu'une déclaration faite *par M. Poirier* au sujet de la personne dont *il* avait peur à l'époque ne puisse servir qu'à établir *son* état d'esprit et non celui de M. Griffin ou de toute autre personne est pour l'essentiel une proposition tout à fait conforme au bon sens, l'attribut qui justement fait la force du jury.

4. Dispositif

[75] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de rétablir les déclarations de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

Les juges LeBel et Fish (dissidents) —

I. Introduction

[76] Les faits pertinents sont fidèlement et intégralement exposés dans les motifs de la juge Charron, et nous n'avons rien à y ajouter. Avec égards, cependant, nous ne partageons pas son point de vue et nous arrivons à un résultat différent. Nous sommes d'avis de rejeter les pourvois du ministère public et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner que les deux intimés subissent un nouveau procès.

[77] We agree with Doyon J.A. (Baudouin J.A. concurring) that a new trial must be ordered on the basis of errors in the jury instructions on the burden of proof. Doyon J.A. also concluded that the trial judge should have limited more strictly the jury's use of an out-of-court statement made by the victim, Denis Poirier, about his fear of the respondent, John Griffin. In our view, that statement should not have been put before the jury in the first place. It was inadmissible hearsay, under either the traditional exceptions or the principled approach. The admission of the statement likewise requires a new trial.

II. Analysis

A. *The Instructions on the Burden of Proof*

[78] There were two substantial deficiencies in the trial judge's charge on the burden of proof. The first involved the explanation of how the standard of reasonable doubt applies to circumstantial evidence. The second arose from the instruction that the jurors should be able to explain in some detail the basis of any reasonable doubt they might have.

[79] In his original charge, the trial judge explained that the jury could return a guilty verdict based on the circumstantial evidence if guilt was the only rational inference they could draw from the evidence. This much was correct, and as explained in *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860, it was unnecessary to say more. Unfortunately, the trial judge did. The judge twice proceeded to add that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that there was an "equally" rational inference suggesting innocence. On a third occasion, the trial judge stated that "[i]f there is a second inference that's as reasonable, you will not be able to base a verdict of guilt on circumstantial evidence" (emphasis added). Having chosen to elaborate on the basic principle, the trial judge should have said that if there was

[77] Nous sommes d'accord avec le juge Doyon, qui a statué (avec l'appui du juge Baudouin) que les erreurs commises dans les directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve imposent la tenue d'un nouveau procès. Le juge Doyon a également conclu que le juge du procès aurait dû encadrer plus rigidement l'utilisation par le jury d'une déclaration extrajudiciaire faite par la victime, Denis Poirier, indiquant qu'il avait peur de l'appelant John Griffin. À notre avis, cette déclaration n'aurait d'ailleurs pas dû être présentée aux jurés. Il s'agissait d'une preuve par ouï-dire inadmissible, tant selon les exceptions traditionnelles que selon l'exception raisonnée. L'admission de la déclaration rend également nécessaire la tenue d'un nouveau procès.

II. Analyse

A. *Les directives relatives au fardeau de la preuve*

[78] Les directives du juge du procès relatives au fardeau de la preuve comportent deux lacunes fondamentales. La première concerne l'explication fournie quant à la façon dont la norme du doute raisonnable s'applique à une preuve circonstancielle. La deuxième découle des directives indiquant aux jurés qu'ils devraient être en mesure d'expliquer avec une certaine précision pourquoi ils auraient un doute raisonnable.

[79] Dans sa directive initiale, le juge du procès a expliqué aux jurés qu'ils pouvaient rendre un verdict de culpabilité sur le fondement d'une preuve circonstancielle si la culpabilité était la seule conclusion rationnelle qu'ils pouvaient tirer de la preuve. Cet énoncé est exact, et comme la Cour l'a expliqué dans *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Malheureusement, le juge du procès ne s'est pas arrêté là. À deux reprises, il a ajouté que l'accusé avait droit à un acquittement si le jury pouvait tirer une conclusion « également » rationnelle qui suggérerait l'innocence de l'accusé. À une troisième occasion, il a déclaré que [TRADUCTION] « [s]'il existe une deuxième conclusion tout aussi raisonnable, vous ne pourrez pas vous fonder sur la

any other (as opposed to an *equally*) rational inference arising from the proven facts that did not point to guilt, the jury would be bound to acquit. The trial judge's instruction, read as a whole, might well have been understood to suggest that a reasonable inference not pointing to guilt will be insufficient for an acquittal if it is not *as* reasonable as the inference that the accused is guilty. As Doyon J.A. noted, such a standard would come "dangerously close" to a balance of probabilities (2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 237 C.C.C. (3d) 374, at para. 43).

[80] Following the trial judge's initial charge, the jury returned with the following question:

> Can we please get a legal definition of reasonable doubt? What things can it be based upon, for example, feelings, intuitions, et cetera? If mostly based on circumstantial evidence, where do we draw the line? Please advise.

In his response to this specific question from the jury, the trial judge repeated three more times the incorrect component of this instruction, using the term "equally". Because the jury was likely to have paid particular attention to the answer to their question, this would have amplified the misdirection (see *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, at para. 16).

[81] Pursuant to an objection by defence counsel, the trial judge gave additional instructions, finally using the correct language. However, he did not draw the jury's attention to the repeated error in his previous instructions. On the contrary, he reiterated a statement that he had made to the jury several times before, merely omitting, on this occasion, the incorrect term "equally". This could not possibly have dispelled the confusion.

preuve circonstancielle pour justifier un verdict de culpabilité » (nous soulignons). Dans la mesure où il a choisi d'expliquer le principe de base, le juge du procès aurait dû dire au jury qu'il devait prononcer un verdict d'acquittement s'il arrivait à *toute autre* conclusion rationnelle (plutôt qu'*également* rationnelle) découlant des faits établis et donnant à penser que l'accusé n'était pas coupable. Les jurés peuvent fort bien avoir compris des directives du juge du procès, prises dans leur ensemble, qu'une conclusion raisonnable suggérant l'innocence de l'accusé ne justifiera pas un acquittement si elle n'est pas *tout aussi* raisonnable que la conclusion que l'accusé est coupable. Comme le juge Doyon l'a fait remarquer, une telle norme [TRADUCTION] « s'apparenterait dangereusement » à la norme de la prépondérance des probabilités (2008 QCCA 824, 2008 QCCA 825, 58 C.R. (6th) 86, par. 42).

[80] Après avoir reçu la directive initiale du juge du procès, les jurés lui ont posé la question suivante :

> [TRADUCTION] Auriez-vous l'obligeance de nous donner une définition juridique du doute raisonnable? Sur quoi peut-il se fonder, par exemple, des impressions, des intuitions, etc.? Où tirer la ligne s'il se fonde principalement sur une preuve circonstancielle? Veuillez nous éclairer.

Dans sa réponse à cette question précise du jury, le juge du procès a répété à trois reprises l'élément erroné de sa directive, en utilisant le terme « également ». En raison de la possibilité que le jury porte une attention particulière à la réponse du juge, cette explication a sans doute renforcé la directive erronée (voir *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, par. 16).

[81] À la suite d'une objection d'un avocat de la défense, le juge du procès a donné aux jurés des directives additionnelles dans lesquelles il a enfin employé des termes appropriés. Il n'a toutefois pas attiré l'attention des jurés sur l'erreur commise plus d'une fois dans ses directives antérieures. Au contraire, il a réitéré un énoncé qu'il avait déjà fait à plusieurs reprises aux jurés, en omettant simplement d'utiliser le terme inapproprié « également ». La confusion ne pouvait que perdurer.

[82] We agree with our colleague that jury instructions should be read as a whole. However, this reading must include the correct *and the incorrect* directions. The defective statements are not eclipsed by a correct statement of the law elsewhere in the charge. If an incorrect instruction has been given, the trial judge must advert to it and correct it clearly. Otherwise, the unidentified incorrect statements may linger in the juror's minds, creating confusion as to the state of the law and obliging the jury to decide on their own which of the competing expositions of the law to apply to the facts. In this sense, the jurors would be left to *instruct themselves* as to the law they were required to apply in reaching their verdict.

[83] In order to ensure that a misdirection to the jury has been successfully rectified, a trial judge will generally have to repeat the direction he or she has given, acknowledge that it was incorrect, tell the jury to put it out of their minds and then tell them in plain and simple terms what the law is: *R. v. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803 (C.A.), cited in *R. v. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498 (Ont. C.A.), at p. 503. See also *R. v. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, at para. 29; *R. v. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641 (C.A.), at p. 647; *R. v. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173 (C.A.), at p. 182; and *Shapiro v. Wilkinson*, [1943] O.R. 806 (C.A.), at pp. 811-12.

[84] The second deficiency in the instructions on the burden of proof arose in the trial judge's response to the same question from the jury:

> So, when you ask in your question, is it feelings, is it intuitions, I would answer no to that question. Whether you find there is a reasonable doubt, or whether you find there is not a reasonable doubt, you should individually be in a position to be able to explain your position. You should be able to say, for instance, "Listen, I have a reasonable doubt on this essential element, and here's why I have a reasonable doubt. I can't rely on Witness A and B. I don't find Witness A and B credible. And here's why I don't find Witness A and B credible, because there's contradictions, or they're not confirmed in the evidence, and I don't accept that Exhibits

[82] À l'instar de notre collègue, nous sommes d'avis que les directives aux jurés doivent être considérées globalement. Cependant, cet examen doit porter tant sur les directives appropriées que sur les directives *inappropriées*. Les énoncés erronés ne sont pas éclipsés par un juste énoncé du droit exprimé ailleurs dans l'exposé. Si une directive erronée a été donnée, le juge du procès doit la relever et clairement y remédier. Autrement, les énoncés erronés qu'il n'a pas relevés sont susceptibles de perdurer dans l'esprit des jurés, semant la confusion quant à l'état du droit et les obligeant à choisir seuls celui des deux énoncés contradictoires du droit qu'il convient d'appliquer aux faits. En ce sens, les jurés seraient appelés à se *donner eux-mêmes des directives* quant aux règles de droit à appliquer pour arriver à leur verdict.

[83] Afin de veiller à ce qu'une directive erronée soit corrigée de façon satisfaisante, le juge du procès devra généralement répéter la directive qu'il a donnée, reconnaître qu'elle était inexacte, indiquer aux jurés de ne pas en tenir compte et ensuite leur expliquer l'état du droit dans un langage simple et compréhensible : *R. c. Moon*, [1969] 3 All E.R. 803 (C.A.), cité dans *R. c. Seguin* (1979), 45 C.C.C. (2d) 498 (C.A. Ont.), p. 503. Voir également *R. c. Boyd* (1999), 118 O.A.C. 85, par. 29; *R. c. Carpenter* (1993), 14 O.R. (3d) 641 (C.A.), p. 647; *R. c. Cavanagh* (1976), 15 O.R. (2d) 173 (C.A.), p. 182; et *Shapiro c. Wilkinson*, [1943] O.R. 806 (C.A.), p. 811-812.

[84] La deuxième lacune dans les directives relatives au fardeau de la preuve découlait de la réponse du juge du procès à la question susmentionnée du jury :

> [TRADUCTION] Ainsi, lorsque vous demandez dans votre question s'il s'agit d'impressions, d'intuitions, je répondrais par la négative. Si vous concluez qu'il existe un doute raisonnable, ou si vous concluez qu'il n'en existe pas, chacun d'entre vous devrait pouvoir expliquer sa position. Vous devriez être en mesure de dire par exemple « [é]coutez, j'ai un doute raisonnable sur ce point essentiel, et voici pourquoi j'ai un doute raisonnable. Je ne peux m'appuyer sur les témoignages de A et de B. J'estime que ces témoins ne sont pas crédibles. Et voici pourquoi j'estime que les témoins A et B ne sont pas crédibles, parce qu'il y a des contradictions

X, Y and Z help me out on this particular issue," so that you're able as a judge to explain why you are supporting a particular position. [Emphasis added; A.R., at pp. 211-12.]

[85] This statement raises the following issue: may a judge instruct a jury that a reasonable doubt is a doubt for which one can give a reason or an explanation? In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at paras. 28-30, Cory J. objected to such an instruction on the ground that it might dissuade an "inarticulate juror" from concluding that a doubt is reasonable. Furthermore, he explained, there are certain doubts that, while reasonable, "are simply incapable of articulation". He concluded that it is "certainly not essential" to instruct a jury that they should be able to explain their doubts. Nonetheless, this Court later ruled that such an instruction would not necessarily constitute reversible error: *R. v. Russell*, 2000 SCC 55, [2000] 2 S.C.R. 731, and *R. v. Beauchamp*, 2000 SCC 54, [2000] 2 S.C.R. 720.

[86] In this case, however, as the underlined portion of the judge's response indicates, the instructions went one step further than in *Russell* and *Beauchamp*, requiring the jury to be able to identify quite a *specific* reason for their doubt. Not only were they directed that they must be able to explain, that they would acquit because they did not believe a particular witness, or were not persuaded by a particular piece of evidence, but they would *also* have to explain what it was about that testimony or item of evidence that did not convince them. Such precision is generally not even required of a trial judge. As Bastarache and Abella JJ. explained in *R. v. Gagnon*, 2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621, at para. 20:

> 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.

ou parce qu'aucun élément de preuve ne confirme leur témoignage, et je n'estime pas que les pièces X, Y et Z m'aident à cet égard », de sorte qu'en tant que juge, vous êtes en mesure d'expliquer pourquoi vous appuyez une position particulière. [Nous soulignons; d.a., p. 211-212.]

[85] Cet énoncé soulève la question suivante : un juge peut-il indiquer au jury qu'un doute raisonnable est un doute pouvant être motivé ou expliqué? Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 28-30, le juge Cory a désapprouvé une telle directive parce qu'elle pourrait dissuader un « juré incapable de s'exprimer » de conclure qu'un doute est raisonnable. Il a en outre expliqué que certains doutes, quoique raisonnables, « ne peuvent tout simplement pas être exprimés ». Il a conclu qu'il n'est « certainement pas essentiel » d'indiquer aux jurés qu'ils devraient être en mesure de motiver leurs doutes. Néanmoins, notre Cour a par la suite statué qu'une telle directive ne constituerait pas nécessairement une erreur donnant lieu à révision : *R. c. Russell*, 2000 CSC 55, [2000] 2 R.C.S. 731, et *R. c. Beauchamp*, 2000 CSC 54, [2000] 2 R.C.S. 720.

[86] En l'espèce toutefois, comme il ressort de la partie soulignée de la réponse du juge, les directives vont plus loin que celles qui étaient en cause dans les arrêts *Russell* et *Beauchamp*; elles exigent que les jurés soient en mesure de motiver leur doute de façon assez *précise*. Non seulement leur a-t-on indiqué qu'ils devaient être en mesure d'expliquer qu'ils sont d'avis de prononcer un acquittement parce qu'ils n'ont pas cru un témoin en particulier ou parce qu'un élément de preuve ne les a pas convaincus, mais qu'ils auraient *également* à expliquer pourquoi la déposition d'un témoin ou un autre élément de preuve ne les a pas convaincus. Même le juge des faits n'a pas, habituellement, à être aussi précis. Comme l'ont souligné les juges Bastarache et Abella dans *R. c. Gagnon*, 2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621, par. 20 :

> 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.

It cannot be correct to hold a jury to so high a standard. As Cory J. stated in *Lifchus*, at para. 29, "[a] juror should not be made to feel that the overall, perhaps intangible, effect of a witness's demeanour cannot be taken into consideration in the assessment of credibility."

[87] Whether an error in a recharge warrants a new trial is determined according to the standard set out in *Brydon*, at para. 19:

> [W]hether, after placing the inconsistency or error in the context of the charge as a whole, there is a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard in arriving at their verdict.

In light of either of the uncorrected deficiencies in the charge on the burden of proof, and considering their combined effect in particular, it cannot be said that there is no reasonable possibility the jury was misled in this case. As mentioned earlier, the misdirection was repeated, notably in the judge's response to a specific question from the jury, and the purported correction of only one of the two mistakes was insufficient. The error was serious. It may well have had significant consequences. The curative proviso can therefore not be applied. For these reasons, we agree with the majority in the Court of Appeal with respect to the jury instructions on the burden of proof, and would order a new trial on that basis.

B. *The Out of Court Statement of Poirier*

[88] With respect for the contrary opinion of Charron J., we conclude that the trial judge erred as well in admitting the victim's impugned out-of-court statement. Moreover, the curative proviso under s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*,

On ne saurait imposer une norme aussi stricte aux jurés. Comme l'a rappelé le juge Cory dans l'arrêt *Lifchus*, au par. 29, « [l]es jurés ne devraient pas avoir le sentiment que l'impression générale, peut-être intangible, qui se dégage de l'attitude d'un témoin ne peut pas être prise en considération dans l'appréciation de sa crédibilité. »

[87] Pour décider si une erreur contenue dans une nouvelle directive justifie la tenue d'un nouveau procès, il faut appliquer la norme énoncée dans l'arrêt *Brydon*, au par. 19, en se demandant

> si, après avoir replacé l'incohérence ou l'erreur dans le contexte de l'exposé dans son ensemble, il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives au point d'avoir appliqué une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable ou d'avoir appliqué incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable pour aboutir au verdict.

Compte tenu de chacune des lacunes non corrigées que comportent les directives portant sur le fardeau de la preuve et, plus particulièrement, de leur effet combiné, on ne saurait conclure qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que les jurés aient été induits en erreur en l'espèce. Comme nous l'avons vu, le juge a répété la directive erronée, notamment lorsqu'il a répondu à une question précise des jurés, et la soi-disant correction apportée pour remédier à seulement une des deux erreurs ne suffisait pas. Il s'agissait d'une erreur grave. Elle a vraisemblablement eu d'importantes conséquences. La disposition réparatrice ne peut donc pas être appliquée. Pour ces motifs, nous sommes d'accord avec les juges majoritaires de la Cour d'appel au sujet des directives aux jurés relatives au fardeau de la preuve, et nous sommes d'avis d'ordonner un nouveau procès sur ce fondement.

B. *La déclaration extrajudiciaire de M. Poirier*

[88] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par la juge Charron, nous concluons que le juge du procès a également commis une erreur en admettant en preuve la déclaration extrajudiciaire contestée de la victime. Qui plus est, la disposition

R.S.C. 1985, c. C-46, cannot remedy this error either.

[89] We begin by recalling that hearsay evidence, like any other, must be relevant to be admissible (*R. v. Blackman*, 2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298, at para. 29). It must tend to "increase or diminish the probability of the existence of a fact in issue" (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at para. 38). Under the rule against hearsay, the presumption is that out-of-court statements are inadmissible to prove the truth of their contents (*Blackman*, at para. 33), absent an exception. One should first look to the traditional exceptions (*R. v. Mapara*, 2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358), and then to the principled exception (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). The traditional exceptions are presumptively valid, though they are still subject to modification in light of the principled analysis of necessity and reliability (*R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144). The admissibility decision is also informed by the judge's residual discretion to exclude evidence where its probative value is outweighed by the potential prejudicial effect (*R. v. Hawkins*, [1996] 3 S.C.R. 1043, at para. 85; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, at p. 937). On appeal, the trial judge's decision is entitled to deference, and should only be disturbed where there is an error in principle or the decision is not supported by the evidence (*Blackman*, at para. 52).

[90] In our respectful view, the trial judge in this case committed an error in principle.

[91] Jennifer Williams testified that about two weeks before his killing, her boyfriend, the victim Denis Poirier, stated to her that "[i]f anything happens to me it's your cousin's family." She explained that in light of their previous conversations, his statement could only have referred to the respondent, John Griffin.

[92] There are four purposes for which the statement might conceivably have been admitted: first,

réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ne peut non plus être appliquée pour remédier à cette erreur.

[89] Rappelons d'abord que la preuve par ouï-dire, comme toute autre preuve, doit être pertinente pour être admissible (*R. c. Blackman*, 2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298, par. 29). Elle doit tendre à « accroître ou diminuer la probabilité de l'existence d'un fait en litige » (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 38). Suivant la règle d'exclusion du ouï-dire, il faut présumer que les déclarations extrajudiciaires sont — sauf exception — inadmissibles si elles sont présentées en vue de prouver la véracité de leur contenu (*Blackman*, par. 33). Il faut d'abord considérer les exceptions traditionnelles (*R. c. Mapara*, 2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358), et ensuite l'exception raisonnée (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531). Les exceptions traditionnelles sont toujours réputées valides, même si elles peuvent encore être modifiées à l'issue de l'analyse raisonnée fondée sur le double critère de la nécessité et de la fiabilité (*R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144). La décision d'admettre ou non une preuve par ouï-dire relève également du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge, qui peut exclure la preuve lorsque sa valeur probante est moindre que l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir (*R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 85; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, p. 937). En appel, la décision du juge du procès commande la déférence et ne devrait être modifiée que si une erreur de principe a été commise ou si la décision n'est pas étayée par la preuve (*Blackman*, par. 52).

[90] À notre humble avis, le juge du procès a commis une erreur de principe en l'espèce.

[91] Jennifer Williams a affirmé qu'environ deux semaines avant qu'il soit abattu, son petit ami, la victime Denis Poirier, lui a déclaré que [TRADUCTION] « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin. » Elle a expliqué que dans le contexte de leurs conversations antérieures, la victime parlait de toute évidence de l'intimé, John Griffin.

[92] La déclaration aurait été possiblement admissible en preuve à quatre fins : premièrement, pour

to prove Griffin's state of mind; second, to eliminate others who may have wished Poirier harm; third, to establish Poirier's state of mind; and fourth, to bolster other circumstantial evidence of motive. It is instructive to reconsider these four theories, and why they all ultimately fail.

[93] The first possible theory is that Poirier's statement was admissible to support an inference that Griffin had a motive to harm the victim. In this case, motive was relevant to the issue of identification. No traditional exception accommodates this first theory: a principled analysis is therefore required to determine whether the statement was sufficiently reliable and necessary to address the traditional hearsay dangers.

[94] The first criterion, necessity, is easily established by the fact that the declarant is dead: see *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787.

[95] With respect to reliability, the problem with hearsay statements is that there is no way to inquire into the declarant's "perception, memory, narration, or sincerity" (Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at p. 69 (emphasis added)). In other words:

> [The declarant's] statement about the fact might be false because he misperceived it or did not remember it correctly, or he may have misled the person to whom it was made because he used words not commonly used, or he may simply have lied about it. [*Ibid.*]

[96] In the circumstances of this case, there was little reason to believe that the declarant's *memory* would be a problem. And the trial judge noted that Williams would explain that in light of her previous conversations with her boyfriend, his phrase "your cousin's family" could only have referred

prouver l'état d'esprit de M. Griffin; deuxièmement, pour écarter la possibilité que d'autres personnes aient pu vouloir du mal à M. Poirier; troisièmement, pour établir l'état d'esprit de M. Poirier; et quatrièmement, pour renforcer d'autres éléments de preuve circonstancielle visant à établir le mobile. Il est utile d'examiner à nouveau ces quatre scénarios et les raisons pour lesquelles ils doivent tous être rejetés.

[93] Selon le premier scénario, la déclaration de M. Poirier était admissible pour étayer une conclusion suivant laquelle M. Griffin avait une raison de vouloir s'en prendre à la victime. En l'espèce, la preuve de l'existence d'un mobile est pertinente à la question de l'identité. Ce premier scénario n'est visé par aucune exception traditionnelle : il faut donc recourir à l'analyse raisonnée pour déterminer si la déclaration était suffisamment fiable et nécessaire pour remédier aux dangers traditionnels du ouï-dire.

[94] Le premier critère, celui de la nécessité, est facilement respecté puisque l'auteur de la déclaration est mort : voir *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787.

[95] Pour ce qui est de la fiabilité, le problème que posent les déclarations relatées tient au fait qu'il est impossible de mettre à l'épreuve « la perception de l'auteur de la déclaration, sa mémoire, sa relation du fait en question ou sa sincérité » (Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), p. 77 (nous soulignons)). Autrement dit :

> Il se peut que [la] déclaration s'avère inexacte soit parce [que son auteur] a eu du fait une mauvaise perception, soit parce qu'il ne s'en souvient pas correctement, soit parce qu'il a induit son interlocuteur en erreur en employant des mots qui ne sont pas d'usage courant, soit parce qu'il a carrément menti. [*Ibid.*]

[96] Dans les circonstances de l'espèce, peu de raisons laissaient croire que la *mémoire* de l'auteur de la déclaration puisse poser problème. Le juge du procès a d'ailleurs constaté que M^me^ Williams avait précisé que, à la lumière de ses conversations antérieures avec son petit ami, l'expression « la

to Griffin, so the hearsay danger associated with *narration* was also addressed. Similarly, the circumstances in which the statement was made alleviated concerns about *sincerity*: as the trial judge observed, the statement was made to the declarant's girlfriend, it was responsive to prior dialogue, and there was no evidence of a motivation to lie as there was in *Smith* and *Starr*. These considerations formed the basis of the trial judge's decision that the statement could be admitted into evidence.

famille de ton cousin » qu'il avait employée faisait nécessairement allusion à M. Griffin, de sorte que le danger que pose la *relation* des faits dans le cas du ouï-dire était également écarté. De même, les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite ont apaisé les craintes que cette déclaration pouvait susciter quant à la *sincérité* de son auteur; comme le juge du procès l'a fait remarquer, elle a été faite à la petite amie du déclarant, dans le cadre d'un échange et, contrairement aux affaires *Smith* et *Starr*, aucun élément de preuve ne donnait à penser que le déclarant avait des raisons de mentir. Ces considérations sont à la base de la décision du juge du procès d'admettre la déclaration en preuve.

[97] We agree that there is little concern as to whether Poirier was sincere in his belief that Griffin might do him harm. Sincerity, however, is not the principal problem with Poirier's statement. Rather, it is *perception*: we simply do not know the basis for the victim's statement that the respondent wished him harm, or whether his perception was accurate. In *Starr*, the impugned out-of-court statement was ruled inadmissible for precisely this reason. Speaking for the majority, Iacobucci J. refused to admit the hearsay statement to prove the intentions of a third party:

[97] À notre avis, il n'y a pas lieu de mettre en doute la sincérité de M. Poirier lorsqu'il a dit croire que M. Griffin pouvait s'en prendre à lui. Toutefois, la sincérité n'est pas la principale difficulté que pose sa déclaration. C'est plutôt sa *perception* qui pose problème : nous ne savons tout simplement pas pour quelle raison la victime a déclaré que l'intimé lui voulait du mal, ou si sa perception était juste. C'est précisément pour cette raison que la déclaration contestée dans l'arrêt *Starr* a été jugée inadmissible. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Iacobucci a refusé d'admettre la déclaration relatée, présentée dans le but de prouver les intentions d'un tiers :

> [T]he central concern with hearsay is the inability of the trier of fact to test the reliability of the declarant's assertion. When the statement is tendered to prove the intentions of a third party, this danger is multiplied. If a declarant makes a statement about the intentions of a third party, there are three possible bases for this statement: first, it could be based on a prior conversation with the accused; second, it could be based on a prior conversation with a fourth party, who indicated the third party's intentions to the declarant; or third, it could be based on pure speculation on the part of the declarant. Under the first scenario, the statement is double hearsay. Since each level of double hearsay must fall within an exception, or be admissible under the principled approach, the mere fact that the declarant is making a statement of present intention is insufficient to render it admissible. The second level of hearsay must also be admissible.

> [L]e principal problème que pose le ouï-dire est l'incapacité du juge des faits de vérifier la fiabilité de l'affirmation du déclarant. Lorsque la déclaration est présentée pour prouver les intentions d'un tiers, ce danger s'accroît. La déclaration qu'une personne fait au sujet des intentions d'un tiers peut avoir trois fondements : premièrement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec l'accusé; deuxièmement, elle peut être fondée sur une conversation antérieure avec une quatrième personne, qui a fait part des intentions du tiers au déclarant; troisièmement, elle peut être fondée sur de simples hypothèses de la part du déclarant. Selon le premier scénario, la déclaration constitue du double ouï-dire. Étant donné que chaque niveau du double ouï-dire doit relever d'une exception ou être admissible en vertu de la méthode fondée sur des principes, le simple fait que le déclarant fasse une déclaration d'intention existante est insuffisant pour la rendre admissible. Le deuxième niveau de ouï-dire doit également être admissible.

The other two scenarios also clearly require exclusion. If the statement about joint acts is based on a conversation with a fourth party, then the statement is triple hearsay, or worse. If, on the other hand, it is based on pure speculation, then it clearly is unreliable . . . . [paras. 172-73]

Exactly the same problems arise in our case.

[98] Beyond the concerns discussed in *Starr*, an additional problem with the statement in question — "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" — is that it is a statement of *opinion*. As Major J. observed in *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 49:

A basic tenet of our law is that the usual witness may not give opinion evidence, but testify only to facts within his knowledge, observation and experience. This is a commendable principle since it is the task of the fact finder, whether a jury or judge alone, to decide what secondary inferences are to be drawn from the facts proved.

Here, it is not clear what "knowledge, observation and experience" — if any — led the victim to form his opinion as to Griffin's future intentions. And no hearsay exception overcomes the fact that it is opinion evidence. As Professors David Paciocco and Lee Stuesser explain, "if the witness could not testify as to the statement in court, it is not rendered admissible simply because it was made out of court" (*The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 135).

[99] Why the victim believed Griffin wished him harm is purely a matter of speculation. Evidence was tendered to show that a drug deal between Poirier and Griffin had gone awry and that Griffin was owed $100,000; that Griffin was seeking Poirier out and Poirier was hiding from him; that Poirier's friend Joe Besso was missing; and that Poirier had said that he was "scared for his life". But it is also possible that Poirier's opinion was simply the product of a paranoid imagination. Thus, if we are asked to provide the basis for the declarant's opinion by

Les deux autres scénarios commandent aussi manifestement l'exclusion. Si la déclaration au sujet des actes accomplis conjointement est fondée sur une conversation avec une quatrième personne, la déclaration constitue alors du triple ouï-dire ou pis encore. Si, par contre, elle est fondée sur de simples hypothèses, elle n'est manifestement pas fiable . . . [par. 172-173]

Dans le cas qui nous occupe, les problèmes sont exactement les mêmes.

[98] Outre les préoccupations examinées dans l'arrêt *Starr*, la déclaration « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin » pose un problème additionnel parce qu'elle énonce une *opinion*. Comme l'a fait remarquer le juge Major dans *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 49 :

Selon un principe fondamental de notre droit, le témoin ordinaire ne peut pas rendre un témoignage d'opinion; il ne peut témoigner que sur les faits relevant de ses connaissances, de ses observations et de son expérience. Il s'agit d'un principe louable puisqu'il appartient au juge des faits, qu'il s'agisse d'un jury ou d'un juge seul, de décider quelles conclusions secondaires doivent être tirées des faits prouvés.

En l'espèce, on ignore si des « connaissances, observations et expérience » auraient amené la victime à former cette opinion au sujet des intentions de M. Griffin. Et aucune exception à la règle du ouï-dire ne peut écarter le fait qu'il s'agit d'un témoignage d'opinion. Selon les professeurs David Paciocco et Lee Stuesser, [TRADUCTION] « si le témoin ne peut témoigner au procès quant à la déclaration, elle n'est pas pour autant admissible simplement parce qu'il s'agit d'une déclaration extrajudiciaire » (*The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 135).

[99] Les raisons pour lesquelles la victime croyait que M. Griffin lui voulait du mal relèvent de la pure conjecture. Des témoignages visaient à démontrer qu'une transaction de drogue entre M. Poirier et M. Griffin avait mal tourné et que M. Poirier devait 100 000 $ à M. Griffin; que ce dernier était à la recherche de M. Poirier qui se cachait de lui; que l'ami de M. Poirier, Joe Besso, était introuvable; et que M. Poirier avait dit qu'il [TRADUCTION] « craignait pour sa vie ». Mais il est également possible que l'opinion de M. Poirier ait simplement été

analysing the other evidence, it would be dangerous to form any conclusions that we could not already derive from that other evidence. In short, the statement of opinion adds nothing, and there is a substantial risk that it was accorded undue weight: it lacked probative value, and it was highly prejudicial. The reasoning of Heeney J. in *R. v. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL) (S.C.J.), at paras. 71-74, illustrates this concern well:

The witness said: "she was afraid if she left him, he'd hurt himself". The Crown seeks to admit this under the state of mind exception.

Assuming that this statement is admissible as evidence of the state of mind of the victim, I am satisfied that its prejudicial impact outweighs its probative value. The difficulty with the statement is that it expresses the concern of the victim that the accused would hurt himself, without articulating any basis for that belief. That belief might be based on mere speculation. The Crown argues that there is other evidence that will provide support for the conclusion that the accused was planning to commit suicide. He borrowed money to pay off the substantial debt he owed to his parents, for example, showing he was getting his financial affairs in order. I have already mentioned the evidence found after the fact that is consistent with a suicide attempt having been made or, at least, contemplated.

That evidence can be considered by the jury in deciding whether the accused did, indeed, intend to harm himself, but the baldly stated opinion of the victim that the accused might hurt himself if she left adds nothing of value to the evidence. It is the opinion of the jury, not the absent witness, that counts, particularly when the victim's opinion might have been based on nothing more than speculation. Had she been alive to testify, she would not have been permitted to state her opinion as to what the accused might do if she left him, without articulating the factual basis for feeling that way.

While the jury could be permitted to use this evidence as indicating the state of mind of the victim at that time, there is a grave danger that the jury might

le fruit d'une imagination paranoïde. Par conséquent, si l'on nous demande de déterminer ce sur quoi se fonde l'opinion du déclarant en analysant les éléments de preuve autres que la déclaration, il serait dangereux de tirer des conclusions que nous aurions été incapables de dégager de ces autres éléments de preuve. En bref, la déclaration d'opinion n'ajoute rien, et il subsiste un risque sérieux qu'on lui ait accordé trop d'importance : dépourvue de force probante, elle demeurait très préjudiciable. Le raisonnement du juge Heeney dans *R. c. Cowell*, [2002] O.J. No. 4783 (QL) (C.S.J.), par. 71-74, illustre bien cette préoccupation :

[TRADUCTION] Le témoin a dit « elle avait peur, si elle le quittait, qu'il se fasse du mal ». Le ministère public cherche à faire admettre cette déclaration en preuve sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-dire relative à l'état d'esprit.

En supposant que cette déclaration soit admissible en tant que preuve de l'état d'esprit de la victime, je suis convaincu que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Le problème vient du fait que la déclaration révèle que la victime craignait que l'accusé se fasse du mal, sans préciser pourquoi elle croyait cela. Cette croyance reposait peut-être sur de simples conjectures. Le ministère public soutient que d'autres éléments de preuve permettront de conclure que l'accusé avait l'intention de se suicider. Par exemple, l'accusé a fait un emprunt pour rembourser l'importante somme qu'il devait à ses parents, ce qui montre qu'il mettait de l'ordre dans ses finances. J'ai déjà relevé les éléments de preuve, recueillis après le fait, qui sont compatibles avec une tentative de suicide ou, à tout le moins, avec le fait que le suicide ait été envisagé.

Les jurés peuvent prendre en compte ces éléments de preuve pour décider si l'accusé a effectivement eu l'intention de se faire du mal, mais la simple opinion de la victime que l'accusé pourrait se faire du mal si elle le quittait ne renforce aucunement la preuve. C'est l'opinion du jury qui compte et non celle du témoin absent, particulièrement s'il est possible que l'opinion de la victime ne repose que sur des conjectures. Si elle avait été encore vivante, on ne lui aurait pas permis de donner son opinion concernant ce que l'accusé était susceptible de faire si elle le quittait, sans préciser les faits justifiant cette impression.

On pourrait permettre aux jurés de considérer cette preuve comme une indication de l'état d'esprit de la victime à ce moment, mais il y subsiste un sérieux risque

misuse this evidence to infer that there was, indeed, good reason to believe the accused was suicidal, despite any limiting instruction I might give. That would be highly prejudicial to the accused. Since the state of mind of the victim one month before her death is only marginally probative, I conclude that the prejudicial impact of this evidence outweighs its probative value.

Here, too, the out-of-court statement was of marginal probative value at best, and its inclusion plainly occasioned a substantial risk of prejudice to the accused. As in *Cowell*, the impugned statement was certainly not admissible on the first theory, that is to establish Griffin's motive and thereby identify him as the murderer.

[100] The second possible theory is the one the trial judge accepted: that the statement was "relevant to rebut the notion that others would also have had a motive to kill [Poirier] at the beginning of 2003" (2005 CanLII 5629, at para. 32). Having admitted the statement, the trial judge instructed the jury not to use it to infer motive on the part of Griffin, but explained that it could be used to "eliminate other potential people who would want to do him harm, as far as he was concerned". This would have deeply undermined the respondents' principal defence.

[101] The majority of the Court of Appeal ruled that the limiting instruction was inadequate, because to suggest that other people did not mean the victim harm could only lead the jury to the conclusion that Griffin was the only person who did — which was precisely the inference that was prohibited. Doyon J.A. therefore concluded that the jury could not possibly have applied the distinction they were asked to draw. Were we to conclude that the statement was admissible, we would agree with Doyon J.A. that the limiting instruction was inadequate.

[102] However, the more fundamental problem is that the statement could not possibly support

qu'ils utilisent à tort cette preuve pour conclure qu'il existait effectivement de bonnes raisons de croire que l'accusé était suicidaire en dépit des directives restrictives que je pourrais donner. Une telle situation serait fortement préjudiciable à l'accusé. Étant donné la faible valeur probante de l'état d'esprit de la victime un mois avant sa mort, je conclus que l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sur sa valeur probante.

En l'espèce aussi la déclaration extrajudiciaire a tout au plus une faible valeur probante et, de toute évidence, son admission en preuve risquait fort de causer un préjudice à l'accusé. Comme dans l'affaire *Cowell*, la déclaration contestée n'était certainement pas admissible sur le fondement du premier scénario, à savoir pour établir le mobile de M. Griffin et ainsi déterminer que ce dernier était le meurtrier.

[100] Le juge du procès a retenu le deuxième scénario possible, à savoir que la déclaration était [TRADUCTION] « utile pour réfuter la thèse voulant qu'au début de 2003, d'autres personnes avaient des raisons de tuer [M. Poirier] » (2005 CanLII 5629, par. 32). Ayant admis la déclaration en preuve, le juge du procès a demandé au jury de ne pas l'utiliser pour conclure que M. Griffin avait un mobile, mais a expliqué qu'il pouvait l'employer « pour éliminer la possibilité que d'autres personnes aient pu lui vouloir du mal, selon lui », ce qui aurait sérieusement compromis le principal moyen de défense des intimés.

[101] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont statué que la directive restrictive était inadéquate parce que le fait de laisser entendre qu'aucune autre personne ne voulait s'en prendre à la victime amenait nécessairement le jury à conclure que M. Griffin était le seul à lui vouloir du mal — ce qui était justement l'inférence à éviter. Le juge Doyon a donc conclu qu'il était pratiquement impossible que le jury applique la distinction qu'on lui demandait de faire. Si nous devions conclure que la déclaration était admissible, nous serions d'accord avec le juge Doyon que la directive restrictive était inappropriée.

[102] Toutefois, le problème plus fondamental réside dans le fait qu'il n'était pas possible que la

an inference that others did not wish the victim harm.

[103] The second theory fails for the same reason as the first: we are asked to use Poirier's opinion to infer the state of mind of third parties, without having any idea of the basis for his conclusions. And using the statement to infer the state of mind of "others" is even more problematic than using it to infer the state of mind of Griffin, for four reasons. First, the "others" contemplated are not even identified. Second, the principal meaning of the statement seems to be that Poirier believed Griffin meant him harm, and it is not clear that he also thought that nobody else did. Third, the most one could infer is that the victim *lacked* any reason to believe that others wished him harm, which is even less helpful than an inference that he *did* have some reason to believe Griffin wished him harm. Fourth, and finally, if a hearsay statement can be permitted to help establish anybody's state of mind, it should be that of the accused, because the accused is available to testify or bring evidence to contradict such an inference in court. Indeed this is one of the principal reasons that an exception to the rule against hearsay is made for party admissions (see J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 287, §6.292). Unidentified third parties, needless to say, do not have the same ability. For all of these reasons, the statement was not admissible to "eliminate" other potential suspects.

[104] The third conceivable use of the statement is to establish that Poirier was afraid of Griffin — in other words, to establish the state of mind of the *victim*. At first blush, this use would seem to fall within the scope of the "state of mind" exception to the hearsay rule. However, it is necessary to recall

déclaration permette de conclure qu'aucune autre personne ne voulait s'en prendre à la victime.

[103] Le deuxième scénario est irrecevable pour les mêmes raisons que le premier : on nous demande d'utiliser l'opinion de M. Poirier pour déduire l'état d'esprit de tierces personnes, sans que l'on ait la moindre idée des raisons qui sous-tendent cette opinion. Et s'appuyer sur la déclaration pour déduire l'état d'esprit « d'autres personnes » est encore plus problématique que l'utiliser pour déduire l'état d'esprit de M. Griffin, et ce pour quatre raisons. Premièrement, les « tiers » en question n'ont même pas été identifiés. Deuxièmement, la déclaration semble avant tout indiquer que M. Poirier croyait que M. Griffin lui voulait du mal, et elle ne permet pas d'affirmer qu'il croyait aussi que personne d'autre ne voulait s'en prendre à lui. Troisièmement, on pourrait tout au plus conclure que la victime *n'avait pas* de raisons de penser que d'autres voulaient lui réserver un mauvais sort, ce qui est encore moins utile qu'une conclusion qu'il avait *effectivement* une raison de croire que M. Griffin lui voulait du mal. Enfin, quatrièmement, si une déclaration relatée peut être admise en preuve pour aider à établir l'état d'esprit d'une personne, ce devrait être pour établir l'état d'esprit de l'accusé, parce que ce dernier est disponible pour témoigner ou en mesure de présenter une preuve visant à réfuter une telle inférence devant le tribunal. Il s'agit là d'une des principales raisons pour lesquelles une des exceptions à la règle interdisant le ouï-dire vise les aveux faits par une partie à l'instance (voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 287, §6.292). Ces possibilités ne s'offrent pas, il va sans dire, à des tiers non identifiés. Pour toutes ces raisons, la déclaration n'était pas admissible en preuve pour « éliminer » d'autres suspects potentiels.

[104] Troisièmement, on peut concevoir que l'utilisation de la déclaration soit possible pour démontrer que M. Poirier avait peur de M. Griffin — autrement dit, pour établir l'état d'esprit de la *victime*. Il semblerait à première vue que cette utilisation soit visée par l'exception de l'« état d'esprit » à la règle

the basic principle: that evidence should only be admitted where it is relevant to an issue in the case. This principle applies equally to our concern. As Sopinka, Lederman and Bryant explain, "[i]f the mental state of the declarant is directly in issue at trial, then statements of his or her mental state are generally admissible in proof of the fact" (p. 256, §6.225). On the other hand, the state of mind of the victim is irrelevant unless it tends to support a permissible inference regarding a relevant fact.

[105] Charron J. suggests (at para. 59) that Poirier's fear of Griffin was relevant to Griffin's motive, and in turn to the issue of identification. We agree that the statement "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" can be understood not only as speculation, but also as an expression of fear, which is a state of mind. It could also be inferred that Poirier believed that Griffin had a motive to harm him. Again, however, we cannot be certain what basis Poirier may have had for such a belief, and therefore cannot rely upon this statement. With respect for those of a contrary opinion, we do not believe the statement is admissible under this theory. In this case, the victim's state of mind is irrelevant on its own, and it is impermissible to use it to infer Griffin's motive.

[106] This brings us to the fourth possible use of the statement: was it admissible to support other circumstantial evidence in the case? There was evidence suggesting that Poirier owed Griffin $100,000, that Poirier was unable to pay, and that Poirier was hiding from Griffin. This evidence related to the critical issue of motive. Poirier's statement to Williams — "[i]f anything happens to me it's your cousin's family" — does tend to support these other facts. It was consistent with Poirier's situation that he should have said what he did to his girlfriend. In the language of *Arp*, it "tend[s]

du ouï-dire. Il ne faut toutefois pas perdre de vue le principe de base : seuls les éléments de preuve pertinents à un point en litige sont admissibles en preuve. Ce principe s'applique également en l'espèce. Comme l'expliquent Sopinka, Lederman et Bryant [TRADUCTION] « [s]i l'état d'esprit du déclarant est spécifiquement en cause au procès, les déclarations s'y rapportant sont généralement admissibles en preuve pour établir ce fait » (p. 256, §6.225). Par ailleurs, l'état d'esprit de la victime n'est pas pertinent sauf s'il tend à étayer une inférence acceptable portant sur un fait lui-même pertinent.

[105] Selon la juge Charron (par. 59) la peur qu'éprouvait M. Poirier à l'égard de M. Griffin était un élément pertinent en ce qui concerne le mobile de M. Griffin, lequel est lui-même pertinent à l'identification. Nous convenons qu'il est permis de penser que la déclaration « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin » n'est pas une simple hypothèse et qu'elle exprime la peur, laquelle est un état d'esprit. On pourrait également déduire que M. Poirier croyait que M. Griffin avait des raisons de s'en prendre à lui. Cependant, comme il a déjà été signalé, il est impossible de savoir avec certitude pourquoi M. Poirier a cru qu'il était en danger, et par conséquent on ne peut s'appuyer sur cette déclaration. Avec égards pour ceux qui ne partagent pas cet avis, nous ne croyons pas que la déclaration soit admissible suivant le troisième scénario. En l'espèce, l'état d'esprit de la victime n'est pas pertinent en soi, et il ne saurait être utilisé pour tirer des conclusions quant au mobile de M. Griffin.

[106] Cela nous amène à la quatrième utilisation possible de la déclaration : était-elle admissible pour étayer un autre élément de preuve circonstancielle en l'espèce? Certains éléments de preuve laissaient croire que M. Poirier devait 100 000 $ à M. Griffin, qu'il était incapable de rembourser cette somme et se cachait de son créancier. Cette preuve concernait la question cruciale du mobile. La déclaration que M. Poirier a faite à M^me^ Williams — « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin » — tend effectivement à confirmer ces faits. Il est vraisemblable que M. Poirier ait fait la

to 'increase . . . the probability of the existence of a fact in issue'" (para. 38). Under this theory, the statement is tendered not for the truth of its contents, but for the mere fact that it was made. It thus avoids the problem identified above, that the basis for the statement is not known.

[107] Nevertheless, the statement could not be admitted under this theory either, because its probative value for this purpose is greatly outweighed by its potential prejudicial effect. As the respondent Griffin states, Poirier's statement "begged to be used by the jury for the prohibited purpose" of inferring Griffin's intent (Factum, at para. 82). When the jury hears "[i]f anything happens to me it's your cousin's family", it is simply too tempting for the jury to reason that "something happened: it must have been his cousin's family". The statement could assume an almost superstitious significance.

[108] This great risk of prejudice could not be attenuated by a limiting instruction. It is difficult to justify admitting the statement for a marginally probative and tangential purpose while insisting that the jury not use it in the most obvious and prejudicial way possible. Numerous cases indicate that juries should be trusted to use evidence as directed: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 22; and *Smith*. But there does come a point, as in this case, where one must heed Cardozo J.'s warning: "The reverberating clang of those accusatory words would drown all weaker sounds. It is for ordinary minds, and not for psychoanalysts, that our rules of evidence are framed" (*Shepard v. United States*, 290 U.S. 96 (1933), at p. 104).

déclaration en question à sa petite amie dans la situation où il se trouvait. Suivant l'arrêt *Arp*, la déclaration « [tend] à accroître [. . .] la probabilité de l'existence d'un fait en litige » (par. 38). Selon ce scénario, la déclaration est présentée en preuve non pas pour établir la véracité de son contenu, mais simplement pour démontrer qu'elle a été faite. Le problème signalé précédemment, soit que l'on ne sache pas pourquoi la victime a fait cette déclaration, ne se pose donc pas.

[107] Néanmoins, la déclaration ne pouvait non plus être admise en preuve suivant ce quatrième scénario parce que son effet préjudiciable possible l'emporte nettement sur sa valeur probante. Comme l'affirme l'intimé Griffin, la déclaration de M. Poirier [TRADUCTION] « ne pouvait être utilisée par le jury que dans le but interdit » de tirer des conclusions quant aux intentions de M. Griffin (mémoire, par. 82). Lorsque le jury entend « [s]'il m'arrive quelque chose, c'est la famille de ton cousin », il ne peut qu'être tenté de conclure que « quelque chose est arrivé : ce doit être la faute de la famille de son cousin ». La déclaration pourrait presque acquérir la force d'une voix d'outre-tombe.

[108] Ce risque important de préjudice ne pouvait être atténué par une directive restrictive. Il est difficile de justifier l'admission en preuve de la déclaration en lui accordant une valeur probante faible et indirecte tout en insistant pour que les jurés ne l'utilisent pas de la manière qui s'impose d'emblée et qui est la plus préjudiciable. Suivant de nombreux arrêts, il faut avoir confiance en la capacité des jurés d'utiliser la preuve conformément aux directives du juge du procès : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 22; et *Smith*. Mais il arrive un moment où, comme en l'espèce, il faut tenir compte de l'avertissement du juge Cardozo : [TRADUCTION] « Le son persistant de ces propos accusatoires enterrerait tous les messages plus faibles. Nos règles de preuve sont conçues pour les gens ordinaires et non pour les psychanalystes » (*Shepard c. United States*, 290 U.S. 96 (1933), p. 104).

[109] We conclude therefore that it was wrong to have admitted the statement in the first place. This amounted to an error in principle, and deference cannot be accorded to the judge's decision.

[110] We would also decline to apply the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) in respect of this error. Neither of the possibilities discussed in *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 26, apply here. On the one hand, the decision to admit the statement cannot be characterized as "harmless": Poirier's fingering of Griffin from beyond the grave, so to speak, could only have had tremendous impact, despite the limiting instruction. Nor can the evidence against the accused be described as "so overwhelming that . . . there was no substantial wrong or miscarriage of justice". The Crown's case rested in significant measure on circumstantial evidence and on the credibility of certain witnesses, and so we are not persuaded that no properly charged jury could have come to another verdict.

III. Conclusion

[111] For the foregoing reasons, and with respect for those who are of a contrary opinion, we would dismiss the Crown's appeals. We would affirm the order of the Court of Appeal for a new trial for both John Griffin and his alleged accomplice, Earl Roy Harris.

Appeals allowed, LeBel *and* Fish JJ. *dissenting.*

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

Solicitors for the respondent Griffin: Filteau Belleau, Montréal.

[109] Nous concluons par conséquent que le juge du procès a eu tort d'admettre la déclaration en preuve. Cela équivalait à une erreur de principe, de sorte que la décision du juge du procès ne commande pas la déférence.

[110] Nous sommes en outre d'avis que la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) ne peut s'appliquer pour remédier à cette erreur. Aucune des possibilités envisagées dans *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 26, ne s'applique en l'espèce. D'une part, la décision d'admettre la déclaration ne peut être qualifiée d'« inoffensive » : le fait que, par-delà sa mort, M. Poirier ait en quelque sorte jeté le blâme sur M. Griffin ne pouvait qu'avoir un effet démesuré, en dépit de la directive restrictive. On ne saurait dire non plus que la preuve présentée contre l'accusé était « accablante au point [. . .] de conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit ». La preuve de la poursuite reposait pour une large part sur une preuve circonstancielle et sur la crédibilité de certains témoins, de sorte que nous ne sommes pas convaincus qu'aucun jury correctement instruit n'aurait pu rendre un verdict différent.

III. Conclusion

[111] Pour les motifs qui précèdent et avec égards pour ceux qui ne partagent pas ce point de vue, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois du ministère public. Nous sommes en outre d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner que John Griffin et son présumé complice, Earl Roy Harris, subissent un nouveau procès.

Pourvois accueillis, les juges LeBel *et* Fish *sont dissidents.*

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

Procureurs de l'intimé Griffin : Filteau Belleau, Montréal.

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond, in Right of the Caisse populaire du Bon Conseil *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND *v.* CANADA

Neutral citation: 2009 SCC 29.

File No.: 31787.

2008: February 29; 2009: June 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Trust for moneys deducted — Employer defaulting on line of credit and financial institution exercising right of compensation on employer's term deposit pursuant to agreement — Deemed trust in favour of Crown over property of employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source — Crown seeking to collect amount due by employer for unremitted source deductions from proceeds of term deposit — Whether compensation agreement between financial institution and employer created "security interest" within meaning of s. 224(1.3) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1.3) "security interest", 227(4.1).

On September 18, 2000, the Caisse granted Camvrac a line of credit up to $277,000. A week later, Camvrac deposited $200,000 with the Caisse in accordance with a "Term Savings Agreement". Under the agreement, the deposit was neither negotiable nor transferable. On the same day, the Caisse and Camvrac entered into a "Security Given Through Savings" agreement in which Camvrac agreed to maintain and permit the Caisse to retain the deposit of $200,000 for the duration of its indebtedness to the Caisse. It also agreed that, in the event it defaulted, there would be compensation between the credit agreement and the term deposit.

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond, aux droits de la Caisse populaire du Bon Conseil *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Intimée*

RÉPERTORIÉ : CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND *c.* CANADA

Référence neutre : 2009 CSC 29.

N° du greffe : 31787.

2008 : 29 février; 2009 : 19 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déductions assujetties à une fiducie — Défaut de l'employeur à l'égard d'une ouverture de crédit et exercice par l'institution financière d'un droit de compensation sur le dépôt à terme de l'employeur conformément à une convention — Fiducie réputée établie au bénéfice de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi — Recours de Sa Majesté pour recouvrer par prélèvement sur le dépôt à terme les retenues à la source non versées par l'employeur — Le droit de compensation dont ont convenu l'institution financière et l'employeur a-t-il fait naître une « garantie » au sens de l'art. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 224(1.3) « garantie », 227(4.1).

Le 18 septembre 2000, la Caisse a ouvert à Camvrac un crédit de 277 000 $. Une semaine plus tard, Camvrac a déposé 200 000 $ à la Caisse conformément à une convention d'épargne à terme. La convention précisait que le dépôt n'était ni négociable ni cessible. Le même jour, la Caisse et Camvrac ont conclu une convention de mise en garantie d'épargne dans laquelle Camvrac s'engageait à laisser 200 000 $ en dépôt et autorisait la Caisse à retenir la somme jusqu'au remboursement de la dette. Il était également entendu qu'en cas de défaut de Camvrac, il y aurait compensation entre le contrat de crédit et le dépôt à terme. Le 25 novembre

Camvrac defaulted on the loan on November 25, 2000, and later made an assignment in bankruptcy. The Caisse noted on its copy of the "Term Savings Agreement": "To be closed on 21/2/2001 to realize on security." Since Camvrac had failed to remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source, the Crown gave the Caisse notice to pay the amount owing to the Crown from the proceeds of the deposit. Section 227(4.1) of the *Income Tax Act* ("*ITA*") and s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act* ("*EIA*") create a deemed trust in favour of the Crown over property of the employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source. This trust applies to property of an employer and property held by any secured creditor of the employer that, but for its security interest, would be property of the employer. The property is impressed with the deemed trust at the time the unremitted amounts were deducted at source by the employer. The Caisse unsuccessfully challenged the recovery process. The prothonotary, the Federal Court and the Federal Court of Appeal held that the Crown was entitled to recover the amounts due and the interest paid at the rate provided for in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*.

Held (LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The agreement between the Caisse and Camvrac gave rise to a "security interest" for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. Camvrac's property subject to the security interest is thus deemed to be held in trust for the Crown under s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* because Camvrac did not remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source. [1] [2]

The definition of "security interest" in s. 224(1.3) does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor's interest in the debtor's property secures payment or performance of an obligation, there is a security interest within the meaning of this section. Parliament has chosen an expansive definition of security interest in s. 224(1.3) in order to enable maximum recovery by the Crown under its deemed trust for unremitted income tax and employment insurance premiums deducted at source by employers. It is open to Parliament to define a term in an area of its own legislative competence in order to ensure that there is a rule of general application across all of the provinces. [12] [14] [15]

2000, Camvrac s'est trouvée en défaut quant au prêt. Elle a ensuite fait cession de ses biens. La Caisse a inscrit la mention suivante sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. » Comme Camvrac ne lui avait pas versé l'impôt sur le revenu et les cotisations d'assurance-emploi déduits à la source, Sa Majesté a mis la Caisse en demeure de lui payer la somme due par prélèvement sur le dépôt à terme. Les paragraphes 227(4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *LIR* ») et 86(2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (« *LAE* ») établissent une fiducie réputée en faveur de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi. Sont assujettis à cette fiducie les biens de l'employeur et ceux détenus par un créancier garanti qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de l'employeur. Les biens tombent sous le coup de la fiducie réputée dès la déduction à la source des sommes non versées par l'employeur. La Caisse a contesté en vain la procédure de recouvrement. La protonotaire, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont statué que Sa Majesté pouvait recouvrer la somme due et toucher de l'intérêt au taux prévu par les par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

Arrêt (les juges LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Charron et Rothstein : La convention intervenue entre la Caisse et Camvrac a fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Le bien de Camvrac formant la garantie est donc réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté suivant les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* par suite de l'omission de Camvrac de verser à Sa Majesté les retenues à la source effectuées au titre de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-emploi. [1] [2]

La définition de « garantie » au par. 224(1.3) n'exige pas que l'entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n'en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement, il y a garantie au sens de cette disposition. Au paragraphe 224(1.3), le législateur fédéral a opté pour une définition large de la garantie afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté, grâce au mécanisme de la fiducie réputée, de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi retenus à la source par l'employeur mais non versés à l'État. Le législateur fédéral peut définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative pour assurer l'application d'une même règle dans toutes les provinces. [12] [14] [15]

Whether a contract providing for a right to compensation (in Quebec) or a right to set-off (in the common law provinces) also gives rise to a security interest within the meaning of s. 224(1.3) requires that the terms of the contract be carefully considered to determine whether the parties intended to confer on one party an interest in the property of the other party that secures payment or performance of an obligation. If the substance of the agreement demonstrates that the parties intended an interest in property to secure an indebtedness, then a security interest exists within the meaning of s. 224(1.3). In this case, it was the five-year term and the maintenance and retention of the $200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. In the absence of these encumbrances on Camvrac's deposit, Camvrac could have withdrawn the deposit at any time. Should it have done so and still been indebted to the Caisse, the Caisse's right to compensation would be ineffective because it would not be indebted to Camvrac at the time the Caisse had to resort to the remedy of compensation. [23] [25] [30]

The Caisse is liable to pay to the Crown the amounts for employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to, and including, any deductions not remitted as of February 21, 2001 — the date on which the Caisse realized on its security. The trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* is deemed to be in effect at any time. It does not matter that the term deposit became the property of Camvrac only after some of the employment insurance premiums and income tax deductions went unremitted since the deemed trust encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises. The proceeds of Camvrac's term deposit are therefore available to the Crown to discharge all of the outstanding employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac, whether the unremitted deductions occurred before or after Camvrac entered into the "Term Savings Agreement" and until February 21, 2001. Interest is calculated in accordance with ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* from February 21, 2001, when the Caisse effected compensation, to the date of payment. [59] [61] [63]

Per LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): Compensation is not a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. For the purposes of s. 224(1.3), it is not enough that compensation offers protection similar to that of a security interest: it must also confer a real right. To limit the concept of security

Pour déterminer si un contrat conférant un droit de compensation fait également naître une garantie au sens du par. 224(1.3), il faut en examiner attentivement les clauses et se demander si l'une des parties a voulu conférer à l'autre un droit sur un bien appartenant à la première qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Lorsqu'il appert de la teneur de la convention que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour garantir le paiement d'une dette, il y a garantie au sens du par. 224(1.3). Dans la présente affaire, c'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 $, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*. Sans ces restrictions, Camvrac aurait pu encaisser la somme à tout moment. Si elle l'avait fait alors qu'elle était toujours endettée envers la Caisse, le droit de compensation de la Caisse n'aurait pu être exercé, car la Caisse n'aurait plus eu d'obligation envers Camvrac au moment où elle aurait voulu recourir au mécanisme. [23] [25] [30]

La Caisse doit verser à Sa Majesté le montant des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac en date du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a réalisé sa garantie. La fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* est réputée exister dès le non-versement. Il est sans importance que le dépôt à terme ne soit devenu la propriété de Camvrac qu'après la déduction à la source d'une partie des sommes non versées puisque la fiducie réputée englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation. Le dépôt à terme de Camvrac pouvait donc être affecté au paiement de la totalité des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source mais non versés par Camvrac avant ou après la signature de la convention d'épargne à terme par Camvrac, jusqu'au 21 février 2001. L'intérêt est calculé conformément aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a opéré compensation, jusqu'à la date du paiement. [59] [61] [63]

Les juges LeBel et Deschamps (dissidents) : La compensation ne constitue pas une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Pour l'application de ce paragraphe, il ne suffit pas que la compensation procure une protection semblable à une garantie, encore faut-il qu'elle confère un droit réel. Le fait de limiter la portée de la

interest in s. 224(1.3) to rights that are real in nature is consistent both with the shared meaning of the terms ("security interest" and "*garantie*") used in the two versions of the provision and with Parliament's purpose of giving the deemed trust priority over the security interests referred to in s. 224(1.3). This deemed trust was created to ensure that employers remit income tax deducted from their employees' salaries to the Receiver General for Canada. [65] [98] [101]

Although compensation can be likened to a security interest, it cannot be equated with one in the sense that the term "security interest" must be given in the context of s. 224(1.3) *ITA*. Where compensation may be effected between two debts, the effect is clearly analogous to that of a "security interest" in the broad sense of the term; nevertheless, compensation or set-off is not regarded, in the positive law of either Quebec or the common law provinces, as having the characteristics of a real right. The automatic extinction of mutual debts is an effect of compensation, but it does not constitute the enforcement of a real right in the property in question. Furthermore, a conclusion that compensation is a "security interest" as that term is defined in the federal statute would conflict with the meaning given to the term in provincial personal property security statutes, which exclude set-off. Such an interpretation would also be inconsistent with the common law concept of "set-off", on which numerous business transactions are based. Finally, whether considered in isolation or as a whole, the term for repayment of the deposit amount, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the right to transfer, hypothecate or negotiate the deposit created only personal obligations. [102] [107] [122] [132]

Insofar as the amounts had not been deducted at the time the agreement was entered into, the Caisse's right to conventional compensation may be set up against Her Majesty because Her Majesty cannot have more rights than Camvrac itself had. In Quebec civil law, as at common law, the rule for asserting contractual rights against third-party assignees is based on the general principles governing obligations. The right to conventional compensation is assessed as of the time the right is granted, not as of the time it is exercised. The protection of third parties, codified in art. 1681 *C.C.Q.*, applies to rights acquired before the compensation agreement was signed. Thus, where the trust applies to a claim, it attaches to a legal relationship that corresponds to an active contractual situation, which explains why the beneficiary of the trust may assert only those rights held by the tax debtor. When Parliament wished to give the deemed trust more teeth, it took care to give

notion de garantie au par. 224(1.3) aux droits qui ont un caractère réel correspond au sens commun des deux versions de la disposition (« garantie » et « *security interest* »), en plus d'être compatible avec l'objectif du Parlement qui est de donner à la fiducie réputée priorité sur les garanties visées au par. 224(1.3). Cette fiducie réputée a été créée pour assurer la remise au Receveur général du Canada des retenues faites par les employeurs sur les salaires de leurs employés au titre de l'impôt sur le revenu. [65] [98] [101]

Quoiqu'un rapprochement puisse être fait entre la compensation et une garantie, il n'y a pas équivalence avec le sens qui doit être donné à cette notion dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. S'il est certain que, lorsque deux créances sont susceptibles de compensation, l'effet est analogue à celui d'une garantie au sens large, il demeure tout de même que le droit positif québécois et des provinces de common law ne reconnaît pas à la compensation les caractéristiques d'un droit réel. L'extinction automatique des dettes réciproques est un effet de la compensation, mais elle ne constitue pas la mise en œuvre d'un droit réel sur le bien concerné. De plus, conclure que la compensation constitue un *security interest* aux termes de la loi fédérale irait à l'encontre du sens donné à ce terme dans les lois provinciales sur les sûretés mobilières, lequel exclut la compensation. Cette interprétation irait aussi à l'encontre de la notion de *set-off* en common law, sur laquelle reposent de nombreuses opérations commerciales. Enfin, pris isolément ou considérés dans leur ensemble, le terme fixé pour le remboursement de dépôt, l'obligation de maintien, le droit de retenue, et les limites au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier le dépôt, ne créent que des obligations personnelles. [102] [107] [122] [132]

Dans la mesure où les retenues n'avaient pas été effectuées au moment de la conclusion de la convention, le droit de compensation contractuel dont bénéficie la Caisse est opposable à Sa Majesté, puisque cette dernière ne saurait posséder plus de droits que Camvrac n'en avait lui-même. En droit civil québécois, tout comme en common law, la règle de l'opposabilité de droits contractuels aux tiers cessionnaires repose sur les principes généraux régissant les obligations. Le droit de compensation contractuel est évalué au moment où le droit est conféré et non au moment où celui-ci est exercé. La protection des tiers, cristallisée à l'art. 1681 *C.c.Q.*, vaut pour les droits acquis avant la conclusion de la convention de compensation. Ainsi, dans le cas où la fiducie s'applique à une créance, elle grève un lien de droit qui correspond à une situation contractuelle active, ce qui explique pourquoi le bénéficiaire de la fiducie ne peut se prévaloir que des droits

Her Majesty priority over secured creditors. It did not alter the general rules governing the rights a debtor can assert against its original creditor. [65] [147] [148] [150] [152]

Camvrac's right to recover its claim was subject to the right to compensation that had been granted to the Caisse in September 2000 in the agreement to give savings as security. In the context of that agreement, the right to compensation was a right held by the Caisse that could not be negated solely by the fact of the deemed trust becoming effective. Her Majesty, as a third party, could not demand that the Caisse discharge its debt to Camvrac if the conditions for repayment had not been met. The Caisse's right had to be respected by third parties who acquired rights after the agreement was signed. Consequently, Her Majesty must abide by the compensation agreement, given that her right is subsequent to it. [153]

Her Majesty may, however, claim from the Caisse the amount owed by Camvrac before the compensation agreement was signed in September 2000. The claims of the Caisse and Camvrac have distinct sources: one is based on the variable credit contract, the other, on the term savings agreement. The Caisse's claim against Camvrac dates from September 18, 2000 and Camvrac's claim, from September 25, 2000. On the latter date, Camvrac undertook, first in the term savings agreement, "to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of $200,000", and then in the agreement to give savings as security, to "maintain" a deposit in the amount of $200,000. For Camvrac to be able to undertake in the agreement to give savings as security to "maintain" the deposited amount, its claim resulting from the term savings agreement had to take on an independent existence, if only at the time the deposit was made. Given that the deposit was made before the right to compensation was granted, the deemed trust could have become effective in respect of Camvrac's claim up to the total of the amounts owed to Her Majesty as of September 25, 2000. This is not a case in which the respective debts have the same source and the claim is subject to a right to compensation. Just as Her Majesty's rights are subordinated to the right to compensation for deductions subsequent to the signing of the agreement, the Caisse's right must give way to Her Majesty's pre-existing right. [154] [156]

dont jouissait le débiteur fiscal. Lorsque le Parlement a voulu donner plus de mordant à la fiducie réputée, il s'est attaché à conférer à Sa Majesté priorité sur les créanciers garantis. Il n'a pas modifié les règles générales régissant les droits que le débiteur pouvait opposer à son créancier originaire. [65] [147] [148] [150] [152]

En l'espèce, le droit de Camvrac de recouvrer sa créance était assujetti au droit de compensation consenti à la Caisse par la convention de mise en garantie d'épargne en septembre 2000. Dans le contexte de cette convention, le droit de compensation constitue un droit dont bénéficiait la Caisse et qui ne peut être annulé par la seule prise d'effet de la fiducie réputée. En tant que tiers, Sa Majesté ne peut exiger de la Caisse qu'elle s'acquitte de sa dette envers Camvrac si les conditions de remboursement ne sont pas remplies. Le droit de la Caisse doit être respecté par les tiers dont les droits sont postérieurs à la convention. En conséquence, Sa Majesté doit respecter la convention de compensation dans la mesure où son droit est postérieur à celle-ci. [153]

Sa Majesté peut toutefois réclamer de la Caisse le montant dû par Camvrac avant la conclusion de la convention de compensation en septembre 2000. Les créances respectives de la Caisse et de Camvrac ont des sources distinctes : l'une découle du contrat de crédit variable, l'autre dans la convention d'épargne à terme. La créance de la Caisse envers Camvrac date du 18 septembre 2000 et celle de Camvrac du 25 septembre 2000. À cette dernière date, Camvrac s'est d'abord engagée par la convention d'épargne à terme « à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 $ », puis ultérieurement, par la convention de mise en garantie d'épargne, à « maintenir » en dépôt la somme de 200 000 $. Pour que Camvrac ait pu, dans la convention de mise en garantie d'épargne, s'engager à « maintenir » le montant en dépôt, il faut que, ne serait-ce que l'instant du dépôt, son droit de créance résultant de la convention d'épargne à terme ait acquis une autonomie. Comme le dépôt a été fait avant que le droit de compensation ne soit conféré, la fiducie réputée pouvait avoir pris effet sur le droit de créance de Camvrac jusqu'à concurrence des sommes dues à Sa Majesté au 25 septembre 2000. Il ne s'agit pas d'un cas où les dettes respectives ont une même source et où la créance naît sujette au droit de compensation. Tout comme Sa Majesté voit ses droits subordonnés au droit de compensation pour les retenues postérieures à la conclusion de la convention, le droit de la Caisse doit céder devant le droit antérieur de Sa Majesté. [154] [156]

On the interest issue, there is no need to vary the decision of the Federal Court of Appeal. [157]

Cases Cited

By Rothstein J.

Referred to: *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193; *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.

By Deschamps J. (dissenting)

Markevich v. Canada, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675; *Reagan v. Murphy*, 105 So.2d 210 (1958); *Harwood Oil & Mining Co. v. Black*, 124 So.2d 764 (1960); *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 125; *518718 Alberta Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666; *A. L. Green Ltd. v. Michaud*, [1975] C.A. 432; *Banque Royale du Canada v. Béliveau*, [1976] C.A. 539; *Bandera Investment Co. v. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774; *Seigneur v. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535; *Banque Nationale du Canada v. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; *Banque de Montréal v. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119; *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564; *Ching v. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432; *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238; *Toronto-Dominion Bank v. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311; *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699; *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid*

Sur la question des intérêts, il n'y a pas lieu de modifier la décision de la Cour d'appel fédérale. [157]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193; *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Markevich c. Canada, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675; *Reagan c. Murphy*, 105 So.2d 210 (1958); *Harwood Oil & Mining Co. c. Black*, 124 So.2d 764 (1960); *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 125; *518718 Alberta Ltd. c. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371; *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666; *A. L. Green Ltd. c. Michaud*, [1975] C.A. 432; *Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539; *Bandera Investment Co. c. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774; *Seigneur c. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535; *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; *Banque de Montréal c. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119; *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564; *Ching c. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432; *Canadian Admiral Corp. c. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238; *Toronto-Dominion Bank c. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311; *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699; *Dauphin Plains Credit Union Ltd.*

Industries Ltd., [1980] 1 S.C.R. 1182; Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157, note Houin; Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998.Jur.61, note François; Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the special powers of legal persons, R.S.Q., c. P-16.
Civil Code of Lower Canada.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 875, 974, 1250, 1260, 1261, 1637, 1641, 1643, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2111 para. 2, 2123, 2329, 2330, 2543, 2660, 2683, 2702, 2703, 2710, 2714.7.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 637.
Constitution Act, 1867, s. 91(2A), (3).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 111.
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 86.
Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 36, 37.
Federal Law — Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 8.
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1), (1.3) "security interest", 227(4) [repl. 1998, c. 19, s. 226(1)], (4.1) [ad. *idem*].
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 8.1, 8.2.
Personal Property Security Act, C.C.S.M., c. P35, s. 3(1).
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, s. 3(1).
Personal Property Security Act, R.S.B.C. 1996, c. 359, s. 2(1).
Personal Property Security Act, R.S.O. 1990, c. P.10, ss. 1 "security interest", "*sûreté*", 2(a) "debenture", 40.
Personal Property Security Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-3.1, s. 3(1).
Personal Property Security Act, R.S.Y. 2002, c. 169, s. 2.
Personal Property Security Act, S.N.B. 1993, c. P-7.1, ss. 1 "security interest", 3(1), 41.
Personal Property Security Act, S.N.L. 1998, c. P-7.1, s. 4(1).
Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, c. 13, s. 4(1).
Personal Property Security Act, S.N.W.T. 1994, c. 8, s. 2(1).
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, s. 3(1).
Regulation to amend the Regulation respecting the register of personal and movable real rights, O.C. 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, 17A.

c. Xyloid Industries Ltd., [1980] 1 R.C.S. 1182; Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157, note Houin; Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998.Jur.61, note François; Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 875, 974, 1250, 1260, 1261, 1637, 1641, 1643, 1671, 1672, 1673, 1680, 1681, 2111 al. 2, 2123, 2329, 2330, 2543, 2660, 2683, 2702, 2703, 2710, 2714.7.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 637.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2A), (3).
Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, art. 8.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1, 8.2.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 224(1), (1.3) « garantie », 227(4) [rempl. 1998, ch. 19, art. 226(1)], (4.1) [aj. *idem*].
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 86.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 36, 37.
Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales, L.R.Q., ch. P-16.
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 1 « *security interest* », « sûreté », 2(a) « débenture », 40.
Loi sur les sûretés mobilières, L.R.Y. 2002, ch. 169, art. 2.
Loi sur les sûretés mobilières, L.T.N.-O. 1994, ch. 8, art. 2(1).
Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels, C.P.L.M., ch. P35, art. 3(1).
Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1, art. 1 « sûreté », 3(1), 41.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 111.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, ch. P-7, art. 3(1).
Personal Property Security Act, R.S.B.C. 1996, ch. 359, art. 2(1).
Personal Property Security Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-3.1, art. 3(1).
Personal Property Security Act, S.N.L. 1998, ch. P-7.1, art. 4(1).
Personal Property Security Act, S.N.S. 1995-96, ch. 13, art. 4(1).
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 3(1).
Règlement modifiant le Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers, décret 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, 23A.

Authors Cited

Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 5th ed. revised and edited by R. Campbell. London: J. Murray, 1885.

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

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.

Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "encumbrance".

Bonneau, Thierry. *Droit bancaire*, 7e éd. Paris: Montchrestien, 2007.

Brierley, John E. C. "Title Six: Certain Patrimonies by Appropriation — Articles 1256-1298", in *Reform of the Civil Code*, vol. 1-B, *Property*. Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993.

Ciotola, Pierre, et Antoine Leduc. "Arrêt *Val-Brillant*: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois?", dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 361.

Claxton, John B. *Studies on the Quebec Law of Trust*. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated November 2008).

Cuerrier, Marc. "The Harmonization of Federal Tax Legislation", in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (Second publication), Booklet 7. Ottawa: Department of Justice, 2001.

Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.

Davies, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

Denault, Philippe. *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral: Cadre*

Doctrine citée

Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 5th ed. revised and edited by R. Campbell. London : J. Murray, 1885.

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

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.

Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004.

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « *encumbrance* ».

Bonneau, Thierry. *Droit bancaire*, 7e éd. Paris : Montchrestien, 2007.

Brierley, John E. C. « Titre sixième : De certains patrimoines d'affectation — Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens*. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 735.

Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, « droit réel accessoire », « droit réel de garantie ».

Ciotola, Pierre, et Antoine Leduc. « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*. Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, 361.

Claxton, John B. *Studies on the Quebec Law of Trust*. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated November 2008).

Cuerrier, Marc. « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (Deuxième publication), Fascicule 7. Ottawa : Ministère de la Justice, 2001.

Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto : Irwin Law, 2005.

juridique et fragments du discours judiciaire. Montréal: Thémis, 2008.

Derham, S. Rory. *The Law of Set-Off*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2003.

Deschamps, Michel. "Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières", conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal (en ligne: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf).

Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers.* Paris: L.G.D.J., 1989.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2004, "debenture", "encumbrance".

Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1995, "debenture".

Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat*, avec le concours de Marc Billiau. Paris: L.G.D.J., 1992.

Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed. by Louise Gullifer. London: Sweet & Maxwell, 2008.

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada.* Toronto: Thomson Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2008, release 1).

Hohfeld, Wesley Newcomb. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1917), 26 *Yale L.J.* 710.

Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, 12th ed. Oxford: Clarendon Press, 1916.

Honorat, Adrienne. "Redressement et liquidation judiciaires", D. 1998.Somm.325.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd., vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q. Montréal: Wilson & Lafleur, 2002.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2007.

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.

Lamoureux, Martin. "The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization", in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of Studies in Tax Law 2001.* Montréal: Fiscal and Financial Planning Association/Department of Justice of Canada, 2002, 7:1.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations.* Montréal: Thémis, 2006.

Macdonald, Roderick A. "Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies" (1994), 39 *McGill L.J.* 761.

Davies, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed. London : Sweet & Maxwell, 2003.

Denault, Philippe. *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : Cadre juridique et fragments du discours judiciaire.* Montréal : Thémis, 2008.

Derham, S. Rory. *The Law of Set-Off*, 3rd ed. New York : Oxford University Press, 2003.

Deschamps, Michel. « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal (en ligne: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf).

Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers.* Paris : L.G.D.J., 1989.

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2004, « *debenture* », « *encumbrance* ».

Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 1995, « *debenture* ».

Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil — Les obligations : les effets du contrat*, avec le concours de Marc Billiau. Paris : L.G.D.J., 1992.

Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed. by Louise Gullifer. London : Sweet & Maxwell, 2008.

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada.* Toronto : Thomson Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2008, release 1).

Hohfeld, Wesley Newcomb. « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1917), 26 *Yale L.J.* 710.

Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, 12th ed. Oxford : Clarendon Press, 1916.

Honorat, Adrienne. « Redressement et liquidation judiciaires », D. 1998.Somm.325.

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd., vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002.

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2007.

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.

Lamoureux, Martin. « Rapport sur l'harmonisation du terme "Interest" », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études en fiscalité 2001.* Montréal : Association de planification fiscale et financière/Ministère de la Justice du Canada, 2002, 7:1.

Macdonald, Roderick A. "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives", in Hélène Jutras and Katia Opalka, eds., *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*. Meredith Lectures. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1997, 155.

Martel, Paul. *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects*. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 3).

Martin, Didier. "Contrats et obligations", *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111. France: Éditions Techniques, 1995.

Martin, Didier. "Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires", D. 1987. Chron.229.

Morel, André. "La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil", dans *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of studies*. Ottawa: Department of Justice, 1997, 309.

Palmer, Kelly R. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993.

Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1951.

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal: Thémis, 2001.

Pratte, Denise. "L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante", dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2006, 421.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1re sess., 38e lég., vol. 40, nº 46, 11 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi nº 47, *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, p. 1.

Quebec Research Centre of Private and Comparative Law. *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, "accessory real right".

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, "*débenture*".

Rives-Lange, Jean-Louis, et Monique Contamine-Raynaud. *Droit bancaire*, 6e éd. Paris: Dalloz, 1995.

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006.

Macdonald, Roderick A. « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies » (1994), 39 *R.D. McGill* 761.

Macdonald, Roderick A. « The Security Trust : Origins, Principles and Perspectives », dans Hélène Jutras et Katia Opalka, dir., *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain*. Conférence Meredith. Montréal : Faculté de droit, Université McGill, 1997, 155.

Martel, Paul. *Business Corporations in Canada : Legal and Practical Aspects*. Toronto : Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 3).

Martin, Didier. « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111. France : Éditions Techniques, 1995.

Martin, Didier. « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987. Chron.229.

Morel, André. « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1997, 309.

Palmer, Kelly R. *The Law of Set-Off in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1993.

Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1951.

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001.

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4e éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001.

Pratte, Denise. « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*. Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, 421.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1re sess., 38e lég., vol. 40, nº 46, 11 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi nº 47, *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, p. 1.

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « débenture ».

Rives-Lange, Jean-Louis, et Monique Contamine-Raynaud. *Droit bancaire*, 6e éd. Paris : Dalloz, 1995.

Salmond, John William. *Jurisprudence*, 10th ed. by Glanville L. Williams. London: Sweet and Maxwell, 1947.

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

Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Desjardins, Létourneau and Pelletier JJ.A.), 2006 FCA 366, 361 N.R. 77 (*sub nom. Minister of National Revenue v. Caisse populaire du Bon Conseil*), [2007] 3 C.T.C. 70, 2007 D.T.C. 5220, [2006] F.C.J. No. 1775 (QL), 2006 CarswellNat 5050, affirming a decision of Pinard J., 2005 FC 1563, [2007] 2 C.T.C. 44, 2007 D.T.C. 5664, [2005] F.C.J. No. 1933 (QL), affirming a decision by Mireille Tabib, Prothonotary, 2005 FC 731, 293 F.T.R. 166, 2006 D.T.C. 6385, [2005] F.C.J. No. 900 (QL). Appeal dismissed, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Reynald Auger and *Jean-Patrick Dallaire*, for the appellant.

Pierre Cossette and *Guy Laperrière*, for the respondent.

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

[1] ROTHSTEIN J. — The primary issue in this appeal is whether the agreements between the Caisse populaire ("Caisse") and its customer, Camvrac Enterprises Inc. ("Camvrac"), give rise to a "security interest" within the meaning of that term in s. 224(1.3) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"). The definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* has also been incorporated by reference in s. 86(2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*EIA*"). If the agreements between the Caisse and Camvrac do fall within the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA*, then the property of Camvrac that is subject to the security interest of the Caisse is deemed to be held in trust for the Crown under s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* because Camvrac

Salmond, John William. *Jurisprudence*, 10th ed. by Glanville L. Williams. London : Sweet and Maxwell, 1947.

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

Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Desjardins, Létourneau et Pelletier), 2006 CAF 366, 361 N.R. 77 (*sub nom. Ministre du Revenu national c. Caisse populaire du Bon Conseil*), [2007] 3 C.T.C. 70, 2007 D.T.C. 5220, [2006] A.C.F. n° 1775 (QL), 2006 CarswellNat 3891, qui a confirmé une décision du juge Pinard, 2005 CF 1563, [2007] 2 C.T.C. 44, 2005 D.T.C. 5723, [2005] A.C.F. n° 1933 (QL), confirmant une décision de la protonotaire Mireille Tabib, 2005 CF 731, 293 F.T.R. 166, 2005 D.T.C. 5268, [2005] A.C.F. n° 900 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Deschamps sont dissidents.

Reynald Auger et *Jean-Patrick Dallaire*, pour l'appelante.

Pierre Cossette et *Guy Laperrière*, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Le présent pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les conventions intervenues entre la Caisse populaire (« Caisse ») et sa cliente, Entreprises Camvrac inc. (« Camvrac »), ont fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »). La définition de « garantie » que renferme cette disposition est par ailleurs incorporée par renvoi au par. 86(2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »). Si les conventions liant la Caisse et Camvrac sont visées par cette définition, le bien de Camvrac formant la garantie de la Caisse est réputé détenu en fiducie pour Sa Majesté suivant les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* par suite de l'omission de Camvrac de verser à Sa Majesté

did not remit to the Crown income tax and employment insurance premiums deducted at source by Camvrac.

[2] In my view, the agreements between the Caisse and Camvrac gave rise to a "security interest" for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. Camvrac's property subject to the security interest was property that was subject to the Crown's deemed trust. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[3] On September 18, 2000, the Caisse granted Camvrac a line of credit up to $277,000. On September 25, 2000, Camvrac deposited $200,000 with the Caisse in accordance with a "Term Savings Agreement" providing that the deposit would mature on October 16, 2005. The "Term Savings Agreement" sets out the terms of Camvrac's entitlement to the deposit and the Caisse's obligation to pay Camvrac $200,000. The relevant portions of the "Term Savings Agreement" stated:

[TRANSLATION]

Date of maturity: October 16, 2005

. . .

PROVISIONS GOVERNING THE PRINCIPAL

2. The member [Camvrac] agrees to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of $200,000 (hereinafter referred to as the "initial amount of deposit").

3. On the date of issue associated with the applicable term ("date of issue"), the initial amount of deposit and the interest then accrued on that amount shall be reinvested in the form of a deposit maturing on the maturity date associated with the applicable term ("date of maturity").

4. This deposit may neither be negotiated nor transferred. No amount in principal or interest shall be redeemable or payable before the date of maturity.

5. This deposit may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse.

. . .

les retenues à la source effectuées au titre de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-emploi.

[2] Je suis d'avis que les conventions intervenues entre la Caisse et Camvrac ont fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, que le bien de Camvrac formant la garantie était assujetti à la fiducie réputée de Sa Majesté et qu'il y a donc lieu de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[3] Le 18 septembre 2000, la Caisse a ouvert à Camvrac un crédit de 277 000 $. Le 25 septembre suivant, Camvrac a déposé 200 000 $ à la Caisse conformément à une convention d'épargne à terme stipulant que le dépôt venait à échéance le 16 octobre 2005. La convention précise les conditions du droit de Camvrac à la somme déposée et l'obligation de la Caisse de payer les 200 000 $ à Camvrac. En voici les passages pertinents :

Date d'échéance : 16 octobre 2005

. . .

CONDITIONS RELATIVES AU CAPITAL

2. Le membre [Camvrac] consent à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 $, appelé « montant initial du dépôt ».

3. À la date d'émission relative au terme applicable (« date d'émission »), le montant initial du dépôt et les intérêts accumulés sur ce montant à cette date seront réinvestis sous la forme d'un dépôt échéant à la date d'échéance relative au terme applicable (« date d'échéance »).

4. Le présent dépôt n'est ni négociable ni transférable. Aucune somme en capital ou intérêt n'est remboursable ni payable avant la date d'échéance.

5. Le présent dépôt ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la caisse émettrice.

. . .

[4] The Caisse and Camvrac also entered into a "Security Given Through Savings" agreement. The most relevant terms read:

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by:

☒ the Depositor [Camvrac]

. . .

under:

☒ (a) a line of credit agreement in the amount of $277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18;

. . .

☒ and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by:

☒ the Depositor

. . .

(hereinafter referred to as "the Credit Contract[s]")

the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) or on the certificate(s) of deposit mentioned below, of the amount of $200,000.00 distributed as follows:

Account or certificate of deposit identification (for deposit certificates, state date issued amount and certificate number)	**Sum withheld by the Caisse**
ALTERNATIVE TERM SAVINGS 5 YEARS IN THE AMOUNT OF $200,000.00	$200 000.00
	$

. . .

The Caisse may withhold the sums shown above, . . . as long as all the amounts due under the Credit Contract(s)

[4] La Caisse et Camvrac ont également conclu une convention de mise en garantie d'épargne, dont voici les clauses les plus pertinentes :

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse :

☒ par le déposant [Camvrac]

. . .

en vertu :

☒ a) d'un contrat d'ouverture de crédit de 277 000,00 $ qui lui a été consenti(e) le 2000-09-18;

. . .

☒ et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes

☒ du déposant

. . .

(ci-après appelé[s] « le ou les contrats de crédit »)

le déposant s'engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes ou sur le ou les certificats de dépôt mentionnés ci-après, la somme de 200 000,00 $ se répartissant comme suit :

Identification du ou des comptes ou certificats de dépôt (pour les certificats de dépôt, indiquer la date d'émission, le montant et le numéro du certificat)	**Somme retenue par la caisse**
ÉPARGNE À TERME À GESTION ACTIVE 5 ANS AU MONTANT DE 200 000,00	200 000,00 $
	$

. . .

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus . . . tant que la totalité des sommes dues en

have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

2. SAFEKEEPING OF CERTIFICATES

For the whole term of this agreement, the above-mentioned certificate(s) of deposit shall be kept by the Caisse.

3. HYPOTHEC

To further secure the repayment of any sum owed or to be owed under the Credit Contract(s), the Depositor hypothecates and pledges the above-mentioned certificate(s) of deposit and sums deposited, for an amount equal to the total amount of the sums withheld. The parties also agree that the clause shown on the certificate(s) of deposit stipulating that such certificate(s) are neither negotiable nor transferable shall be deemed cancelled, effective from the date of these presents.

. . .

7. DEFAULT

The Depositor shall be in default in any of the following cases:

(a) if any of the commitments under the Credit Contract(s) or these presents is not fulfilled;

(b) if the Depositor or the Borrower becomes insolvent or goes bankrupt, or if he(she) makes a proposal and it is rejected or annulled;

. . .

In the event of any default:

(a) any sums owing under the Credit Contracts shall immediately become payable;

(b) the Caisse may use the sums deposited or the certificate(s) of deposit contemplated herein, regardless of its(their) having matured or not, to compensate its claim under the Credit Contract(s);

. . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them

vertu du ou des contrats de crédit n'auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, tel qu'il est prévu à l'article 7.

2. GARDE DES CERTIFICATS

Pendant la durée de la présente convention, le ou les certificats de dépôt mentionnés précédemment seront conservés par la caisse.

3. HYPOTHÈQUE

Pour garantir davantage le remboursement des sommes dues ou pouvant être dues en vertu du ou des contrats de crédit, le déposant hypothèque et donne en gage le ou les certificats de dépôt et les sommes d'argent indiqués ci-dessus, pour un montant égal au montant total des sommes retenues. Les parties conviennent également que la clause paraissant au(x) certificat(s) de dépôt à l'effet que le ou les certificats ne sont ni négociables ni transférables est réputée annulée à compter des présentes.

. . .

7. DÉFAUT

Le déposant sera en défaut dans les cas suivants :

a) si l'une ou l'autre des obligations prévues au(x) contrat(s) de crédit ou aux présentes n'est pas respectée;

b) si le déposant ou l'emprunteur deviennent insolvables ou en faillite ou s'ils font une proposition concordataire et que celle-ci est rejetée ou annulée;

. . .

En cas de défaut :

a) toutes les sommes dues en vertu des contrats de crédit deviendront immédiatement exigibles;

b) il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, que ceux-ci soient échus ou non;

. . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer

expressedly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

. . . Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

[5] Camvrac failed to pay the interest on its line of credit on November 25, 2000 and so was technically in default on that date. However, the Caisse took no steps as a result of the default and, according to the Caisse's account summaries, Camvrac's line of credit continued to accrue interest until January 31, 2001. On February 7, 2001, Camvrac made an assignment in bankruptcy. On February 21, 2001, the Caisse made the following note on its copy of the "Term Savings Agreement": [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security." Finally, on June 12, 2001, the Crown gave the Caisse notice to pay the amount owing to the Crown for unremitted employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac from the proceeds of the term deposit the Crown said was subject to its deemed trust.

[6] Prothonotary Tabib of the Federal Court, Justice Pinard of the Federal Court, and Justice Létourneau writing for the Federal Court of Appeal found in favour of the Crown: 2005 FC 731, 2006 D.T.C. 6385, aff'd 2005 FC 1563, 2007 D.T.C. 5664, aff'd 2006 FCA 366, 361 N.R. 77. The Caisse now appeals to this Court.

II. The Primary Issue

[7] Under the "Security Given Through Savings" agreement, the Caisse was entitled to effect compensation to reduce or eliminate Camvrac's indebtedness to it if Camvrac defaulted on its line of credit. The Caisse did so. The issue is whether the Crown is the beneficial owner of Camvrac's term deposit to the extent of the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted by Camvrac at source as a result of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*.

expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

. . . En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

[5] Le 25 novembre 2000, Camvrac a omis de payer l'intérêt exigible sur son ouverture de crédit, de sorte qu'elle était dès lors techniquement en défaut. Toutefois, la Caisse n'a alors pris aucune mesure et, suivant les relevés de compte, elle a continué de comptabiliser l'intérêt jusqu'au 31 janvier 2001. Le 7 février 2001, Camvrac a fait cession de ses biens. Le 21 février, la Caisse a inscrit la mention suivante sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. » Enfin, le 12 juin de la même année, Sa Majesté a mis la Caisse en demeure de lui payer, par prélèvement sur le dépôt à terme dont le montant était, selon elle, assujetti à la fiducie réputée établie en sa faveur, les cotisations d'assurance-emploi et l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac.

[6] La protonotaire Tabib et le juge Pinard, de la Cour fédérale, puis le juge Létourneau, au nom de la Cour d'appel fédérale, ont tous donné raison à Sa Majesté : 2005 CF 731, 2005 D.T.C. 5268, conf. par 2005 CF 1563, 2005 D.T.C. 5723, conf. par 2006 CAF 366, 361 N.R. 77. La Caisse se pourvoit maintenant devant notre Cour.

II. Principale question en litige

[7] La convention de mise en garantie d'épargne stipule que la Caisse peut, advenant le non-respect par Camvrac des conditions du contrat de crédit, opérer compensation jusqu'à concurrence de la somme due. La Caisse s'est prévalue de son droit. Il s'agit de déterminer si, en raison de la fiducie réputée établie par application des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, Sa Majesté a droit au dépôt à terme de Camvrac jusqu'à concurrence du montant de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi retenus à la source mais non versés par Camvrac.

III. Analysis

A. *The Definition of "Security Interest" in Section 224(1.3) of the Income Tax Act*

[8] Parliament has defined "security interest" in s. 224(1.3) *ITA*. This definition provides that:

> "security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[9] Section 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* create a deemed trust in favour of the Crown over property of the employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source. The deemed trust applies to property of the employer and property held by any secured creditor of the employer that, but for its security interest, would be property of the employer. The property is impressed with the deemed trust at the time the unremitted amounts were deducted at source by the employer. Section 227(4.1) *ITA* provides:

> Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed
>
> (*a*) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and
>
> (*b*) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest

III. Analyse

A. *La définition de « garantie » au par. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu*

[8] Le législateur fédéral définit comme suit le mot « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* :

> « garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[9] Les paragraphes 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* établissent une fiducie réputée en faveur de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi. Sont assujettis à la fiducie les biens de l'employeur et ceux détenus par son créancier garanti qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de l'employeur. Les biens tombent sous le coup de la fiducie réputée dès la déduction à la source des sommes non versées par l'employeur. Le paragraphe 227(4.1) *LIR* dispose :

> Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :
>
> *a*) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;
>
> *b*) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property and in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

Section 86(2.1) *EIA* is to the same effect with respect to employment insurance premiums deducted by employers at source.

[10] While the definition of "security interest" is similar to legal terminology used in the personal property security and other legislation of the provinces, the definition in s. 224(1.3) *ITA* is the only relevant definition of "security interest" for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*. Both s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, which incorporate by reference the definition of "security interest" from s. 224(1.3) *ITA*, apply

> [n]otwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law . . . . [s. 227(4.1) *ITA*]

> [n]otwithstanding the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law . . . . [s. 86(2.1) *EIA*]

This is a clear indication that the scope of the deemed trust created by these provisions over property of the tax debtor is to be defined in terms of the statutory definition of "security interest" provided by Parliament in s. 224(1.3) *ITA* and not as the term security interest may be used in provincial legislation.

[11] As Binnie J. recently noted in *Saulnier v. Royal Bank of Canada*, 2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166, at para. 16, "[f]or particular purposes Parliament can and does create its own lexicon." Parliament's authority to define terms without reference to provincial law in areas of federal legislative competency was considered with respect to bankruptcy in *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Gonthier J. held for the majority, at para. 32, that

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

Le paragraphe 86(2.1) *LAE* prévoit la même chose pour les cotisations d'assurance-emploi retenues à la source par l'employeur.

[10] Bien que la définition de « garantie » du par. 224(1.3) *LIR* emploie des termes juridiques qui s'apparentent à ceux que l'on retrouve dans les lois provinciales, notamment en matière de sûretés mobilières, elle est la seule applicable pour les besoins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui tous deux l'incorporent par renvoi et s'appliquent

> [m]algré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit . . . [par. 227(4.1) *LIR*]

> [m]algré la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit . . . [par. 86(2.1) *LAE*]

Ce libellé indique clairement que l'étendue de la fiducie réputée créée par ces dispositions à l'égard des biens du débiteur fiscal doit être déterminée en fonction de la définition de « garantie » que l'on trouve au par. 224(1.3) *LIR* et non de l'emploi du même terme dans les lois provinciales.

[11] Comme l'a récemment signalé le juge Binnie dans l'arrêt *Saulnier c. Banque Royale du Canada*, 2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166, au par. 16, « le législateur peut, à des fins particulières, créer sa propre nomenclature, et il lui arrive effectivement de le faire ». Dans l'arrêt *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, notre Cour a examiné, dans le contexte de la faillite, le pouvoir du législateur fédéral de recourir à ses propres définitions, sans égard au droit provincial, dans les domaines relevant de sa compétence. Au nom des juges majoritaires, le juge Gonthier a dit au par. 32 :

the definition of terms such as "secured creditor", if defined under the Bankruptcy Act, must be interpreted in bankruptcy cases as defined by the federal Parliament, not the provincial legislatures. Provinces cannot affect how such terms are defined for purposes of the Bankruptcy Act.

[12] It is therefore open to Parliament to define a term in an area of its own legislative competence (*Constitution Act, 1867*, s. 91(2A) "Unemployment Insurance" and s. 91(3) "The raising of Money by any Mode or System of Taxation"), as it has done here, in order to ensure that there is a rule of general application across all of the provinces. Were provincial law used to define the meaning of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* and, in turn, the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, uniformity could not be achieved. Rather, what constituted a "security interest" for the purposes of s. 224(1.3) *ITA* could be different from province to province. The Minister's ability to recover unremitted source deductions would then vary depending on an employer's location.

[13] Further, if provincial law were used to define the meaning of a "security interest" under s. 224(1.3) *ITA*, a change in the provincial law of property security would affect the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* from time to time. This level of uncertainty cannot have been what Parliament intended with the words "any interest in property that secures payment or performance of an obligation" in s. 224(1.3) *ITA*. This definition is incorporated by reference in s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* which create the deemed trust in favour of the Crown "[n]otwithstanding . . . any enactment of a province".

[14] In this case, Parliament has chosen an expansive definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* in order to enable maximum recovery by the Crown under its deemed trust for unremitted income tax and employment insurance premiums deducted at source by employers. Parliament did so, in part, in response to this Court's decision in

. . . des expressions comme « créancier garanti », lorsqu'elles sont définies dans la Loi sur la faillite, doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la Loi sur la faillite.

[12] Le législateur fédéral peut donc définir un terme dans un domaine relevant de sa compétence législative (*Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(2A) (assurance-chômage) et par. 91(3) (prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation)), comme il l'a fait dans le cas qui nous intéresse, pour assurer l'application d'une même règle dans toutes les provinces. Si on recourait au droit provincial pour déterminer la portée du mot « garantie » employé au par. 224(1.3) *LIR* et, partant, celle de la fiducie réputée établie au par. 227(4.1) *LIR* et au par. 86(2.1) *LAE*, il ne pourrait y avoir d'uniformité. En effet, ce qui s'entendrait d'une « garantie » pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR* pourrait varier d'une province à l'autre. Dès lors, le pouvoir du ministre de recouvrer les retenues non versées varierait en fonction du lieu où est établi l'employeur.

[13] De plus, si on faisait appel au droit provincial pour déterminer le sens de la « garantie » visée au par. 224(1.3) *LIR*, la modification de la législation provinciale sur les sûretés pourrait se répercuter sur l'étendue de la fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*. Le législateur ne peut avoir voulu que le sens des mots « [d]roit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation » employés au par. 224(1.3) *LIR* fasse l'objet d'une telle incertitude. Cette définition est incorporée par renvoi aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui établissent une fiducie réputée au bénéfice de Sa Majesté « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif [. . .] provincial ».

[14] En l'espèce, au par. 224(1.3) *LIR*, le législateur fédéral a opté pour une définition large de la « garantie » afin de maximiser le recouvrement par Sa Majesté, grâce au mécanisme de la fiducie réputée, de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi retenus à la source par l'employeur mais non versés à l'État. Il l'a fait en partie

Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp., [1997] 1 S.C.R. 411, which interpreted the former deemed trust provisions in the *ITA* narrowly.

[15] In order to constitute a security interest for the purposes of s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, the creditor must hold "any interest in property that secures payment or performance of an obligation". The definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* does not require that the agreement between the creditor and debtor take any particular form, nor is any particular form expressly excluded. So long as the creditor's interest in the debtor's property secures payment or performance of an obligation, there is a "security interest" within the meaning of this section. While Parliament has provided a list of "included" examples, these examples do not diminish the broad scope of the words "any interest in property": see *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 68, and R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 61-68.

[16] I agree with my colleague that the common linguistic meaning of the defined term "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* is the English term "security interest". A "security interest" is defined as any interest in property or "*droit sur un bien*" (right over property) that secures the performance of an obligation.

[17] For the reasons that follow, I conclude that the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* applies to the facts before this Court.

B. *The Relationship Between Contractual Compensation or Set-Off and a Security Interest*

[18] Compensation and set-off are terms of art which I do not purport to define exhaustively in these reasons. Compensation in Quebec is similar to set-off in the common law provinces. There are a number of circumstances giving rise to compensation or set-off. There are also different kinds of compensation and set-off. "Legal compensation" is defined in arts. 1672 ff. of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"). Articles 1672 and 1673 state in part that:

pour donner suite à l'arrêt *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, où notre Cour a interprété strictement les anciennes dispositions de la *LIR* sur la fiducie réputée.

[15] Il y a garantie aux fins des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* lorsque le créancier détient un « [d]roit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement ». La définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* n'exige pas que l'entente entre le créancier et le débiteur revête une forme particulière et elle n'en exclut aucune expressément. Dès lors que le droit du créancier sur le bien du débiteur garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement, il y a « garantie » au sens de cette disposition. L'énumération d'exemples dans la définition légale n'a pas pour effet de limiter la portée générale de l'expression « [d]roit sur un bien » : voir l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 68, et R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 61-68.

[16] Je conviens avec la juge Deschamps que le sens commun du mot « garantie » défini au par. 224(1.3) *LIR* est celui du « *security interest* » de la version anglaise. Il s'agit d'un droit sur un bien (« *any interest in property* ») qui garantit l'exécution d'une obligation.

[17] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la définition de « garantie » prévue au par. 224(1.3) *LIR* s'applique aux faits de la présente affaire.

B. *Le lien entre la compensation conventionnelle et la garantie*

[18] La « compensation » est une notion technique que je n'entends pas définir de façon exhaustive dans les présents motifs. Le mécanisme est semblable au Québec et dans les provinces de common law. La compensation intervient dans diverses circonstances et elle revêt différentes formes. La compensation légale est définie aux art. 1672 et suiv. du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Les articles 1672 et 1673 énoncent notamment ce qui suit :

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

. . .

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

[19] In the common law provinces, "legal set-off" is similarly statutorily defined. In the Ontario *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, for example, "legal set-off" is defined in s. 111:

111. — (1) In an action for payment of a debt, the defendant may, by way of defence, claim the right to set off against the plaintiff's claim a debt owed by the plaintiff to the defendant.

(2) Mutual debts may be set off against each other even if they are of a different nature.

(3) Where, on a defence of set off, a larger sum is found to be due from the plaintiff to the defendant than is found to be due from the defendant to the plaintiff, the defendant is entitled to judgment for the balance.

[20] "Equitable set-off" was compared and contrasted with legal set-off by Wilson J. in *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193. Wilson J. said of equitable set-off, at pp. 205-6:

The distinction between set-off at law and set-off in equity was canvassed by the British Columbia Court of Appeal in *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, *supra*, at p. 605:

> Such a set-off has its origin in equity and does not rest on the statute of 1728. It can apply where mutuality is lost or never existed. It can apply where the cross obligations are not debts.

Equitable set-off, like legal set-off, is also raised by way of cross-claim (see *Holt*, at pp. 212-13).

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

. . .

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.

[19] Dans les provinces de common law, la loi définit la compensation légale de manière analogue. Par exemple, la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43, en donne la définition suivante à l'art. 111 :

111 (1) Le défendeur dans une action en paiement d'une créance peut opposer au demandeur le droit de compensation d'une créance qu'il a sur le demandeur.

(2) La compensation peut s'opérer entre deux dettes réciproques, même si elles ne sont pas de même nature.

(3) Le défendeur qui oppose le droit de compensation, si le montant que lui doit le demandeur est supérieur au montant qu'il doit à celui-ci, peut obtenir jugement pour la différence.

[20] Dans l'arrêt *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193, la juge Wilson a comparé et distingué les notions de compensation en common law et en equity. À propos de la seconde, elle a indiqué aux p. 205-206 :

La distinction entre la compensation en *common law* et la compensation en *equity* a été étudiée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *C.I.B.C. v. Tuckerr Indust. Inc.*, précité, à la p. 605 :

> [TRADUCTION] Cette compensation tire son origine de l'*equity* et ne découle pas de la loi de 1728. Elle peut s'appliquer là où la réciprocité a disparu ou n'a jamais existé. Elle peut s'appliquer en outre lorsque les obligations réciproques ne sont pas des dettes.

Comme la compensation en common law, la compensation en equity peut aussi être invoqué par voie de demande reconventionnelle (*Holt*, p. 212-213).

[21] There may be some differences between legal compensation (in Quebec) and legal and equitable set-off (in the common law provinces). However, the differences between legal compensation and legal and equitable set-off do not arise in this case because this Court is considering a right to compensation conferred on the Caisse by a contract between the Caisse and Camvrac (i.e. the "Security Given Through Savings" agreement). The Caisse and my colleague use the term "*compensation conventionnelle*". I translate "*compensation conventionnelle*" as "contractual compensation".

[22] Contractual compensation achieves a similar goal to legal compensation or legal or equitable set-off, the discharge of mutual debts. However, contractual compensation achieves this goal through mutual consent. It provides the contracting parties with a self-help remedy that avoids the technical requirements of legal compensation or legal or equitable set-off : see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (5th ed. 1998), at para. 981, and K. R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), at pp. 263-64. Both a contract providing for a right of compensation in Quebec and a contract providing for a right of set-off in the common law provinces are to be interpreted by a court in a manner that gives effect to the intentions of the parties as reflected in the words of the contract.

[23] I do not think it is correct to make a blanket determination that a contractual right to compensation or a contractual right to set-off can never be associated with a "security interest" or that they are always associated with a "security interest". Whether a contract providing for a right to compensation or a right to set-off also gives rise to a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA* requires that the terms of the contract be carefully considered to determine whether the parties intended to confer on one party or the other "any interest in property [of the other party] that secures payment or performance of an obligation".

[24] In *The Law of Set-Off* (3rd ed. 2003), Professor S. R. Derham argues, I think persuasively, that some contracts including a right of set-

[21] Certaines différences peuvent se présenter entre la compensation légale au Québec et la compensation en common law ou en equity dans les provinces de common law, mais elles ne jouent pas en l'espèce, car le droit de compensation de la Caisse est issu d'un contrat intervenu avec Camvrac (la convention de mise en garantie d'épargne). La Caisse et ma collègue la juge Deschamps parlent de « compensation conventionnelle ».

[22] La compensation conventionnelle produit un résultat analogue à celui de la compensation légale ou de la compensation en common law ou en equity : l'extinction de dettes réciproques. Elle le fait toutefois du consentement des deux parties contractantes, auxquelles elle offre une voie de droit extrajudiciaire qui les soustrait aux exigences techniques de la compensation légale ou de la compensation en common law ou en equity : voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (5e éd. 1998), par. 981, et K. R. Palmer, *The Law of Set-Off in Canada* (1993), p. 263-264). Tant le contrat prévoyant un droit de compensation au Québec que le contrat conférant un droit de compensation dans les provinces de common law doivent être interprétés par une cour de justice de manière à donner effet à l'intention des parties au vu du libellé employé.

[23] À mon avis, on ne saurait affirmer de façon générale qu'un droit conventionnel de compensation ne peut jamais être associé à une « garantie » ou qu'il y est toujours associé. Pour déterminer si un contrat conférant un droit de compensation fait naître une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il faut en examiner attentivement les clauses et se demander si l'une des parties a voulu conférer à l'autre un « [d]roit sur un bien [appartenant à la première] qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement ».

[24] Dans son ouvrage intitulé *The Law of Set-Off* (3e éd. 2003), le professeur S. R. Derham fait valoir — de manière convaincante, selon

off (or, in this case, contracts including a right of compensation) should be said also to involve security. As an example of a set-off agreement that also contains a security interest, Professor Derham describes a situation very similar to the one before this Court in the following words, at para. 16.82:

> . . . a bank as a condition to the grant of a facility requires that a deposit be made with it which the depositor is not permitted to access until all indebtedness under the facility has been paid, and the parties agree that the bank may appropriate the deposit in discharge of the debt in the event of default in payment. The essence of the arrangement is that the depositor's property, in the form of the account in credit, is to function as a security. Indeed, in the case of a charge-back in which express words of charge are used, a contractual set-off is the very remedy that would be contemplated . . . . [Emphasis added.]

[25] The essence of contractual compensation or set-off is that the terms of the contract reflect the mutual intention of the parties: see Derham, at para. 16.86. If their mutual intention is to create a security interest to ensure that the right of compensation or set-off will be an effective remedy, there is no reason to think that a security interest does not exist simply because the parties have chosen one mechanism for realizing on the security, rather than another. What must be considered is the substance of the agreement. If the substance of the agreement demonstrates that the parties intended an interest in property to secure an indebtedness, then a security interest exists within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*.

C. *Application of the Deemed Trust Provisions*

[26] In this case, the Caisse says that its contractual right to effect compensation with Camvrac is not a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. It says that this contractual right did not confer on it an interest in Camvrac's property with the intention of securing the line of credit that it extended to Camvrac. Rather, the Caisse says that the contractual right allowed it simply to extinguish its own indebtedness to Camvrac.

[27] The Crown submits that the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* is broad

moi — qu'il faut voir dans certains contrats prévoyant un droit de compensation la stipulation d'une garantie en sus, et il donne l'exemple d'une situation qui s'apparente beaucoup à celle considérée en l'espèce (par. 16.82) :

> [TRADUCTION] . . . une banque peut accorder une facilité en contrepartie du dépôt d'une somme qui ne sera accessible qu'une fois la dette entièrement acquittée, étant entendu que la banque pourra affecter la somme à l'extinction de la créance en cas de défaut de paiement. Cet arrangement fait essentiellement en sorte que le bien du déposant, à savoir le compte créditeur, tienne lieu de garantie. En cas de contrepassation où un débit est expressément inscrit, le recours prévu est de fait la compensation conventionnelle . . . [Je souligne.]

[25] La nature de la compensation conventionnelle veut que les clauses de la convention reflètent l'intention réciproque des parties : voir Derham, par. 16.86. Lorsque cette intention réciproque consiste à créer une garantie pour faire en sorte que le droit de compensation constitue une véritable voie de recours, rien ne permet de conclure qu'il n'y a pas de garantie du seul fait que les parties ont opté pour un mode de réalisation de la garantie plutôt qu'un autre. C'est la teneur de la convention qui importe, et lorsqu'il appert de cette teneur que les parties ont voulu conférer un droit sur un bien pour garantir le paiement d'une dette, il y a garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

C. *Application des dispositions relatives à la fiducie réputée*

[26] La Caisse soutient en l'espèce que son droit contractuel d'opérer compensation avec Camvrac ne constitue pas une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Elle affirme que ce droit contractuel ne lui conférait pas un droit sur un bien de Camvrac dans l'optique de garantir l'ouverture de crédit consentie à celle-ci. Elle fait valoir que le droit contractuel lui permettait plutôt d'éteindre simplement sa propre dette envers Camvrac.

[27] Sa Majesté soutient pour sa part que le terme « garantie » défini au par. 224(1.3) *LIR*

enough to include the Caisse's contractual right to effect compensation contained in the "Security Given Through Savings" agreement between the Caisse and Camvrac. It says that the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* protected its interest in the proceeds of Camvrac's term deposit because the property of Camvrac subject to the Caisse's security interest is beneficially owned by the Crown under its deemed trust to the extent of the unremitted source deductions.

[28] The issue then is whether the Caisse and Camvrac intended the agreements, which included the Caisse's right to effect compensation, to create a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. In my view, they did.

[29] The relevant facts are these. Camvrac made a deposit of $200,000 with the Caisse. Camvrac and the Caisse entered into a "Term Savings Agreement" under which Camvrac and the Caisse agreed that:

(a) Camvrac's deposit would be for a term of five years;

(b) Camvrac could not negotiate or transfer the deposit;

(c) the term deposit could be hypothecated or given as security, but only in favour of the Caisse.

Camvrac and the Caisse also agreed to enter into the "Security Given Through Savings" agreement. Under this agreement, Camvrac and the Caisse agreed that:

(a) "To secure repayment of any sum . . . owed or to be owed the Caisse" by Camvrac under its line of credit that:

(i) Camvrac would maintain a deposit of $200,000;

(ii) Camvrac consented to the Caisse withholding repayment of the sum of $200,000;

as long as the line of credit was still outstanding.

est suffisamment général pour englober le droit contractuel de la Caisse d'opérer compensation conformément à la convention de mise en garantie d'épargne intervenue entre la Caisse et Camvrac. Elle allègue que la fiducie réputée issue de l'application des par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* protégeait son droit sur le montant du dépôt à terme de Camvrac, car grâce à ce mécanisme, elle avait droit au bien de Camvrac formant la garantie de la Caisse jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source non versées.

[28] La question est donc de savoir si, dans les conventions qui prévoyaient le droit de la Caisse de recourir à la compensation, la Caisse et Camvrac ont voulu créer une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. J'estime que telle était leur intention.

[29] Les faits pertinents sont les suivants. Camvrac a déposé 200 000 $ à la Caisse. Les deux parties ont conclu une convention d'épargne à terme dans laquelle elles convenaient que :

a) la durée du dépôt était de cinq ans;

b) Camvrac ne pouvait négocier ou transférer le dépôt;

c) le dépôt à terme ne pouvait être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la Caisse.

Camvrac et la Caisse ont également convenu de conclure une convention de mise en garantie d'épargne, qui stipulait ce qui suit :

a) « Pour garantir le remboursement [. . .] de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse » par Camvrac en vertu du contrat d'ouverture de crédit,

i) Camvrac laissait 200 000 $ en dépôt;

ii) Camvrac consentait à ce que la Caisse retienne la somme tant que l'ouverture de crédit ne serait pas annulée.

(b) In the event of default, there would be compensation between the line of credit and the deposit of $200,000.

These agreements expressly conferred on the Caisse an interest in the property of Camvrac (i.e. Camvrac's deposit) to secure repayment of Camvrac's indebtedness to the Caisse.

[30] It was the five-year term and the maintenance and retention of the $200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*. In the absence of these encumbrances on Camvrac's deposit, Camvrac could have withdrawn the deposit at any time. Should it have done so and still been indebted to the Caisse, the Caisse's right to compensation would be ineffective because it would not be indebted to Camvrac at the time the Caisse had to resort to the remedy of compensation. However, in this case the terms of the agreements provided that Camvrac agreed to the encumbrances on its deposit of $200,000 so that the Caisse would continuously be indebted to Camvrac and that on default there would be effective compensation. It is the fact that the agreements secured the Caisse's right to effective compensation by conferring on the Caisse an interest in Camvrac's property that created a "security interest" for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

[31] I note here, from the words of the agreements, that the Caisse itself conceived of its agreements with Camvrac as creating "security" for the line of credit. The "Term Savings Agreement" provided that the term deposit "may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse" (emphasis added). In the "Security Given Through Savings" agreement, it was Camvrac's term deposit which was used "[t]o secure the repayment" of the line of credit (emphasis added). The hypothecation provision contained in the "Security Given Through Savings" agreement was "[t]o further secure the repayment" (emphasis added). Thus, even in the absence of hypothecation, the agreements granted the Caisse rights over Camvrac's

b) en cas de défaut, il y aurait compensation entre l'ouverture de crédit et le dépôt de 200 000 $.

Ces conventions conféraient expressément à la Caisse un droit sur le bien de Camvrac (le dépôt) pour garantir le remboursement de la dette contractée par Camvrac envers la Caisse.

[30] C'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 $, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*. Sans ces restrictions, Camvrac aurait pu encaisser la somme à tout moment. Si elle l'avait fait alors qu'elle était toujours endettée envers la Caisse, le droit de compensation de la Caisse n'aurait pu être exercé, car la Caisse n'aurait plus eu d'obligation envers Camvrac au moment où elle aurait voulu recourir au mécanisme. Or, en l'espèce, les conventions stipulaient que Camvrac acceptait les restrictions applicables au dépôt de 200 000 $ de telle sorte que la Caisse soit toujours endettée envers elle et qu'en cas de défaut, elle puisse effectivement opérer compensation. Il y a eu création d'une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR* en ce que les conventions garantissaient le droit de compensation en conférant à la Caisse un droit sur un bien de Camvrac.

[31] Il appert d'ailleurs du libellé des conventions que la Caisse elle-même considérait que leurs stipulations créaient une « garantie » à l'égard de l'ouverture de crédit. La convention d'épargne à terme disposait que le dépôt à terme « ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la caisse émettrice » (je souligne). Dans la convention de mise en garantie d'épargne, le dépôt à terme de Camvrac servait à « garantir le remboursement » de l'ouverture de crédit (je souligne). Dans la même convention, la constitution d'une hypothèque visait à « garantir davantage le remboursement ». Ainsi, même sans la constitution d'une hypothèque, les conventions accordaient à la Caisse des droits sur le dépôt de Camvrac pour qu'elle puisse dans les faits

deposit to ensure an effective compensation remedy. The rights and obligations ensuring an effective compensation remedy were the Caisse's primary security because the hypothecation was viewed as "further" security.

[32] While the mechanism by which the Caisse would realize on its security was compensation, that mechanism in no way detracts from the fact that the deposit was encumbered by the conditions agreed to by Camvrac and imposed by the Caisse in order to ensure that the remedy of compensation would be effective. Nor does the fact that the Caisse could realize on its security by means of a book entry diminish the fact that the deposit secured Camvrac's obligation to the Caisse. In the absence of the restrictions imposed by the Caisse, Camvrac's right to repayment of its deposit of $200,000 could have been encumbered or transferred to a third party as security: see arts. 1637 and 2710 *C.C.Q.* and B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 2, at § 9:30.20. Just because a creditor holding a security interest (the Caisse) is also the debtor (the Caisse owes the $200,000 deposited by Camvrac to Camvrac) does not make it any less of a security interest for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

[33] The situation in this case is in contrast to one in which a bank has what may be a standard term in a deposit agreement that any credit in the customer's account may be appropriated by the bank in discharge of the customer's potential indebtedness to the bank. In that case, there is no obligation on the customer to maintain a specific sum or, indeed, any amount deposited in the account at all as security for a loan that may or may not exist. There is no continuous right in the customer's property to protect the bank against default. The customer may withdraw any or all of the amounts in the account at any time. No specific property secures repayment. In these circumstances, based on this type of deposit agreement, the customer's property — its right to claim a deposit — cannot be said to secure its indebtedness to the bank. Unlike the case before this Court, this is a simple contractual right to set-off or compensation without attendant security.

opérer compensation. Les droits et les obligations faisant en sorte qu'il puisse effectivement y avoir compensation constituaient la garantie principale de la Caisse puisque l'hypothèque consentie visait à garantir « davantage » le remboursement.

[32] Même si le mécanisme grâce auquel la Caisse pouvait réaliser sa garantie était la compensation, il demeure que le dépôt était assorti de conditions acceptées par Camvrac et imposées par la Caisse pour préserver la possibilité d'opérer compensation. En outre, même si la Caisse pouvait réaliser sa garantie par voie d'inscription comptable, le dépôt garantissait l'obligation de Camvrac envers elle. N'eût été les restrictions imposées par la Caisse, le droit de Camvrac au remboursement des 200 000 $ déposés aurait pu être grevé d'une charge ou cédé à un tiers en garantie : art. 1637 et 2710 *C.c.Q.* et B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 2, § 9.30.20. Une garantie demeure une garantie pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR* même lorsque le créancier (la Caisse) est également le débiteur (de la somme de 200 000 $ déposée par Camvrac à son propre bénéfice).

[33] La situation se distingue en l'espèce de celle où une convention de dépôt renferme une sorte de clause type stipulant que la banque peut affecter toute somme portée au crédit du client à l'extinction d'une dette de ce dernier envers elle. Dans ce cas, le client n'est pas tenu de conserver un montant précis dans le compte ni même d'y déposer la moindre somme en garantie d'un prêt existant ou non. Aucun droit sur un bien du client ne protège la banque en permanence contre un défaut éventuel. Le client peut à son gré retirer la totalité ou une partie du solde du compte. Le remboursement n'est garanti par aucun bien particulier. Vu la nature d'une telle convention de dépôt, on ne peut alors considérer que le bien du client — son droit au montant du dépôt — garantit sa dette envers la banque. Il ne s'agit que d'un droit conventionnel de compensation non assorti d'une garantie, contrairement au droit considéré en l'espèce.

D. *Responses to Deschamps J.*

[34] In my view, the difference in the results reached by Deschamps J. and myself in this case stems from the approaches we have taken. If I understand my colleague's approach correctly, she focusses on the remedy of compensation to conclude it is not a security interest. Under my approach, it is necessary to consider all of the relevant terms of the agreements between Camvrac and the Caisse and not solely the provisions entitling the Caisse to the remedy of compensation. In my view, the issue is not whether compensation alone is viewed as a security interest. It is whether the agreements between the parties — including the Caisse's contractual right to effect compensation — created a "security interest" to ensure that the remedy of compensation would be effective.

[35] Deschamps J. says that a creditor with a right to effect compensation or set-off attains a goal analogous to a security interest. However, in her view, creditors who exercise their right to compensation or set-off are not enforcing a security by realizing on the debtor's property, but are instead just extinguishing mutual obligations.

[36] I agree with her that compensation or set-off is the extinguishment of mutual obligations. However, mutual obligations must exist for compensation to be an effective remedy. If a debtor can, at its own option, eliminate the creditor's liability to it (by withdrawing its deposit), the creditor may have a right of compensation or set-off, but it may not be effective. It is the encumbrances placed on the debtor's claim against the creditor that ensure that the creditor will remain liable to the debtor and, in this way, ensure an effective compensation remedy.

[37] Deschamps J. also notes that compensation is not specifically enumerated in s. 224(1.3) *ITA* and that this is important for two reasons. First, she relies on academic authorities who assert that a contractual right to set-off cannot create a

D. *Réponses aux motifs de la juge Deschamps*

[34] J'estime que la différence entre les résultats auxquels la juge Deschamps et moi arrivons quant à l'issue du pourvoi tient à nos approches respectives. Si je saisis bien son raisonnement, ma collègue met l'accent sur le mécanisme de la compensation pour arriver à la conclusion qu'il ne s'agit pas d'une garantie. J'estime pour ma part qu'il faut prendre en considération tous les éléments pertinents des conventions intervenues entre Camvrac et la Caisse, et non seulement les stipulations permettant à la Caisse de recourir à la compensation. À mon sens, la question n'est pas de savoir si la seule compensation peut être assimilée à une garantie, mais plutôt si les stipulations liant les parties — dont le droit contractuel de la Caisse d'opérer compensation — ont fait naître une « garantie » pour faire en sorte que la compensation puisse effectivement avoir lieu.

[35] Pour la juge Deschamps, le droit d'opérer compensation et celui de réaliser une garantie permettent au créancier d'atteindre un objectif analogue. Elle estime cependant que le créancier qui exerce son droit de compensation ne réalise pas une garantie sur un bien du débiteur, mais éteint simplement des obligations réciproques.

[36] Je conviens avec ma collègue que la compensation emporte l'extinction d'obligations réciproques. Toutefois, de telles obligations doivent exister pour que la compensation offre un véritable recours. Lorsque le débiteur peut à son gré supprimer l'obligation du créancier à son égard (en retirant la somme déposée), le créancier peut bien disposer d'un droit de compensation, mais celui-ci n'est plus susceptible d'exercice. Ce sont les restrictions imposées à l'exercice du droit du débiteur contre le créancier qui font en sorte que le créancier demeure l'obligé du débiteur et que la compensation peut s'opérer.

[37] La juge Deschamps signale par ailleurs que la compensation n'est pas expressément mentionnée au par. 224(1.3) *LIR*, ce qui lui paraît important pour deux raisons. Premièrement, certains auteurs estiment que le droit de compensation d'origine

security interest because the right does not confer on the creditor an interest in the debtor's property. Second, she says that compensation would have to be specifically enumerated in s. 224(1.3) *ITA* because compensation and set-off are not included in the provincial statutes respecting personal property security. Legal compensation is not included in the division relating to hypothecs in the *Civil Code of Québec*. She also says that set-off is excluded from the personal property security legislation of the common law provinces which all include definitions of security interest that are similar to that in s. 224(1.3) *ITA*. In light of the exclusion of contractual compensation and contractual set-off from provincial legislation dealing with security interests over property and the fact that contractual compensation does not confer on the creditor an interest in the debtor's property, its absence from the list of examples of security interests provided in s. 224(1.3) *ITA* is evidence that Parliament did not intend to include contractual compensation or contractual set-off within its definition of "security interest".

[38] With respect to my colleague's reliance on academic authorities who say that a contractual right to set-off does not confer on a creditor an interest in property, I understand these authorities differently than my colleague. Professor Derham explains that a contract containing a right to set-off like the one at issue in this case can also confer on a creditor an interest in a debtor's property: see Derham, at para. 16.82. However, the authors upon whom Deschamps J. relies do not address the precise issue before this Court. For example, R. C. C. Cuming, C. Walsh and R. J. Wood say, in *Personal Property Security Law* (2005):

> Set-off, whether contractual or procedural, does not involve a security interest because neither party to the set-off acquires a property interest. [p. 87]

And Professor R. M. Goode says, in *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4th ed. 2008):

> The party asserting it [the right of set-off] never acquires rights in the other's monetary claim at all; he merely

contractuelle ne peut créer de garantie parce qu'il ne confère au créancier aucun droit sur un bien du débiteur. Deuxièmement, il faudrait que la compensation figure nommément au par. 224(1.3) *LIR* parce que les lois provinciales sur les sûretés mobilières n'en font pas mention. La compensation légale n'est pas visée par les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à l'hypothèque. Ma collègue ajoute que les lois des provinces de common law sur les sûretés mobilières, qui renferment toutes une définition analogue à celle du par. 224(1.3) *LIR*, ne font pas non plus mention de la compensation. Étant donné que la compensation conventionnelle n'est pas mentionnée dans la législation provinciale relative aux garanties visant des biens et qu'elle ne confère pas au créancier un droit sur un bien du débiteur, le fait qu'elle ne figure pas parmi les exemples de garantie énumérés au par. 224(1.3) *LIR* atteste l'intention du législateur fédéral de ne pas l'inclure dans la définition de « garantie ».

[38] En ce qui concerne les auteurs cités par ma collègue et selon lesquels un droit conventionnel de compensation n'a pas pour effet d'accorder au créancier un droit sur un bien du débiteur, j'interprète leurs propos différemment. Le professeur Derham explique qu'un contrat conférant un droit de compensation comme celui considéré en l'espèce peut aussi conférer au créancier un droit sur un bien du débiteur (par. 16.82). Or, la doctrine citée par la juge Deschamps ne porte pas sur la question précise que doit trancher la Cour. Par exemple, R. C. C. Cuming, C. Walsh et R. J. Wood affirment dans *Personal Property Security Law* (2005):

> [TRADUCTION] La compensation d'origine contractuelle ou procédurale ne confère pas de sûreté (*security interest*), car aucune des parties n'acquiert de droit sur le bien. [p. 87]

Le professeur R. M. Goode dit pour sa part dans *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4e éd. 2008) :

> [TRADUCTION] La partie qui l'exerce [le droit de compensation] n'acquiert jamais de droit sur la créance de

asserts a countervailing claim which operates in pro tanto extinction of his monetary liability. [para. 1-19]

However, in this case, the Caisse has acquired rights in Camvrac's property by the encumbrances placed on Camvrac's deposit. Those rights ensured that Camvrac's claim against the Caisse for its deposit would continuously exist in order to ensure that the compensation remedy would be effective. The P. Wood quote relied upon by Deschamps J. states:

[With respect to set-off] . . . a depositor does not grant a property right over the depositor's ownership of the deposit claim back to the bank to secure a loan owed by the depositor to the bank.

(*Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2nd ed. 2007), at para. 1-008)

Yet, in this case, Camvrac did grant the Caisse a continuous interest in its deposit.

[39] It appears these authors were considering a bare right to contractual set-off such as the standard form deposit agreement I have discussed above. I believe these authors are saying that the remedy of set-off results in no property of the debtor coming in the hands of the creditor as the result of a set-off. All that occurs is the extinguishment of mutual debts. These authors are not addressing the period of time before set-off takes place where, as in this case, the creditor has taken steps to place restrictions on the debtor's property to ensure that the creditor continuously remains liable to the debtor so that the set-off remedy will be effective.

[40] I agree with my colleague that legal compensation does not appear grouped with hypothecs in the *Civil Code of Québec*. However, the issue is not whether compensation is a security interest. The fact that the terms "contractual compensation" or "contractual set-off" do not specifically appear as examples of the defined term "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* does not mean that an agreement which provides for compensation, but which also conforms to the statutory definition of a "security interest" in s. 224(1.3) *ITA* is to be exempted

l'autre partie : elle opère simplement compensation jusqu'à l'extinction de l'obligation pécuniaire de l'autre partie. [par. 1-19]

Or, en l'espèce, la Caisse a acquis des droits sur un bien de Camvrac en assujettissant le dépôt à des restrictions. Les droits ainsi obtenus garantissaient l'existence du droit de Camvrac de réclamer à la Caisse le paiement de la somme déposée de telle sorte que la possibilité d'opérer compensation demeure. Ma collègue cite le professeur Wood :

[TRADUCTION] [Concernant la compensation] [. . .] un déposant ne cède pas à la banque le droit au paiement de la somme déposée en garantie d'un prêt qu'elle lui consent.

(*Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2e éd. 2007), par. 1-008)

Pourtant, dans la présente affaire, Camvrac a accordé à la Caisse un droit permanent sur son dépôt.

[39] Ces auteurs paraissent avoir en tête le simple droit conventionnel de compensation non assorti d'une garantie prévu par le contrat type de dépôt dont j'ai fait état précédemment. Ils disent selon moi que le mécanisme de la compensation n'opère aucun transfert de biens du débiteur au créancier. Il y a seulement extinction d'obligations réciproques. Ces auteurs ne se prononcent pas sur la période antérieure à la compensation où, comme en l'espèce, le créancier prend des mesures pour assujettir le bien du débiteur à des restrictions de telle sorte qu'il demeure toujours son obligé et puisse opérer compensation.

[40] Je conviens avec ma collègue que la compensation légale n'est pas regroupée avec les hypothèques dans le *Code civil du Québec*. Or, la question n'est pas de savoir si la compensation constitue une garantie. Le fait que le terme « compensation conventionnelle » ne figure pas expressément parmi les exemples de « garantie » donnés au par. 224(1.3) *LIR* ne signifie pas qu'une convention qui prévoit la compensation et qui satisfait en outre aux exigences d'une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR* n'est pas visée par la définition. Il ne s'agit pas

from the purview of this definition. The list is non-exhaustive. Even when the remedial mechanism is compensation, so long as an agreement confers on a creditor an interest in property that secures the payment or performance of an obligation through compensation, the agreement will constitute a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*.

[41] Although it is unnecessary for me to decide this point in order to resolve the issues in this appeal, I would respectfully disagree with my colleague that any agreement that provides for contractual set-off is categorically excluded from the personal property security legislation of the common law provinces. In the common law provinces, the approach to personal property security arrangements is functional, rather than formal. For example, s. 3(1) of Alberta's *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7, states that it applies to

(a) every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person who has title to the collateral, and

(b) without limiting the generality of clause (a), a chattel mortgage, conditional sale, floating charge, pledge, trust indenture, trust receipt, assignment, consignment, lease, trust and transfer of chattel paper where they secure payment or performance of an obligation.

See also the personal property security acts of the other provinces and territories: s. 3(1) in New Brunswick (S.N.B. 1993, c. P-7.1), Prince Edward Island (R.S.P.E.I. 1988, c. P-3.1), Manitoba (C.C.S.M., c. P35) and Saskatchewan (S.S. 1993, c. P-6.2); s. 2(1) in British Columbia (R.S.B.C. 1996, c. 359), Northwest Territories and Nunavut (both S.N.W.T. 1994, c. 8); s. 4(1) in Nova Scotia (S.N.S. 1995-96, c. 13) and Newfoundland and Labrador (S.N.L. 1998, c. P-7.1); s. 2(a) in Ontario (R.S.O. 1990, c. P.10); and s. 2 in Yukon (R.S.Y. 2002, c. 169).

[42] Given the functional approach to personal property security arrangements in these statutes, it is difficult for me to see how any transaction that

d'une énumération exhaustive. Même lorsque le recours prévu est la compensation, dans la mesure où la convention confère au créancier un droit sur un bien pour garantir l'exécution d'une obligation, notamment un paiement, par voie de compensation, elle constitue une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

[41] Bien que je n'aie pas à me prononcer sur ce point pour trancher les questions en litige, je ne puis convenir avec ma collègue que toute convention prévoyant la compensation conventionnelle est catégoriquement exclue du champ d'application des lois des provinces de common law sur les sûretés mobilières. Dans ces provinces, le législateur considère l'arrangement relatif à une sûreté mobilière sous l'angle fonctionnel, et non formaliste. Par exemple, la *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, ch. P-7, de l'Alberta précise au par. 3(1) qu'elle s'applique :

[TRADUCTION]

a) à l'opération qui, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté, notamment :

b) une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie, une quittance de fiducie, une cession, une consignation, un bail, une fiducie ou la cession d'un acte mobilier qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement.

Voir aussi les lois sur les sûretés mobilières des autres provinces et des territoires (Nouveau-Brunswick (L.N.-B. 1993, ch. P-7.1), Île-du-Prince-Édouard (R.S.P.E.I. 1988, ch. P-3.1), Manitoba (C.P.L.M., ch. P35) et Saskatchewan (S.S. 1993, ch. P-6.2) : par. 3(1); Colombie-Britannique (R.S.B.C. 1996, ch. 359), Territoires du Nord-Ouest et Nunavut (L.T.N.-O. 1994, ch. 8) : par. 2(1); Nouvelle-Écosse (S.N.S. 1995-96, ch. 13) et Terre-Neuve-et-Labrador (S.N.L. 1998, ch. P-7.1) : par. 4(1); Ontario (L.R.O. 1990, ch. P.10) : al. 2a); et Yukon (L.R.Y. 2002, ch. 169) : art. 2).

[42] Étant donné l'approche fonctionnelle qui sous-tend ces lois, il m'est difficile de concevoir qu'une opération conférant au créancier un droit sur

confers an interest on a creditor in a debtor's property to secure an obligation could be categorically excluded unless that type of transaction has been defined and expressly excluded by the legislation itself. To my knowledge, an agreement that provides for security together with a right of set-off to realize on that security is not expressly excluded in any of the common law provincial personal property security statutes. What is required by the common law provincial personal property security statutes is a decision about whether a particular contract or agreement in a given case functions as a security interest.

[43] Deschamps J. says the Caisse did not rely on its hypothec. She says the mere obligation of Camvrac to maintain its deposit and the Caisse's right to withhold repayment of the deposit do not create the real right necessary for a "security interest". She distinguishes between "*droit de rétention*", which she says only applies to corporeal property and which has some of the attributes of a real right and a "*droit de retenue*", which applies to retention of amounts of money and which has no attributes of a real right and corresponds to compensation.

[44] At both civil and common law, a claim, like a deposit, may be charged with a real right or become the subject of a creditor's interest in property. For example, accounts receivable are often assigned to lending institutions as security for loans. Indeed, a deposit in a bank or caisse is an account receivable in favour of the customer. In the case of term deposits, in the absence of restrictions imposed by the lending institution, a term deposit may be assigned just like other receivables. An assignee has an interest in or a real right over the account receivable, that is an encumbrance on the claim of the creditor to the proceeds of the receivables whether from debtor customers or from a debtor bank or caisse.

[45] In s. 224(1.3) *ITA*, the word "interest" in English is rendered as "*droit*" or right in French. As Marc Cuerrier notes in "The Harmonization of Federal Tax Legislation" (section 2.3), booklet 7 published in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (2001), this terminological

le bien du débiteur pour garantir l'exécution d'une obligation puisse être catégoriquement exclue, sauf lorsque la loi en cause la définit et l'exclut expressément. Pour autant que je sache, aucune des lois sur les sûretés mobilières des ressorts de common law n'exclut expressément la convention qui prévoit à la fois une garantie et un droit de compensation pour réaliser cette garantie. Pour leur application, il faut déterminer si le contrat ou la convention a l'effet d'une garantie.

[43] La juge Deschamps affirme que la Caisse ne s'est pas prévalue de son hypothèque. Pour ma collègue, la seule obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt et le droit de la Caisse de la retenir ne font pas naître le droit réel requis pour qu'il y ait « garantie ». Elle fait une distinction entre « droit de rétention », qui ne s'appliquerait qu'aux biens corporels et aurait certains des attributs du droit réel, et « droit de retenue », qui ne viserait que la somme d'argent, n'aurait aucun des attributs du droit réel et correspondrait à la compensation.

[44] En droit civil et en common law, une créance, tel un dépôt, peut être grevée d'un droit réel ou faire l'objet d'un droit d'un créancier sur le bien. Par exemple, les comptes créditeurs sont souvent cédés aux établissements de crédit pour garantir des prêts. Effectivement, une somme déposée à la banque ou à la caisse constitue un compte créditeur pour le client. Dans le cas d'un dépôt à terme, à défaut de restrictions imposées par l'établissement de crédit, la somme peut être cédée comme tout autre compte créditeur. Le cessionnaire a sur le compte créditeur un intérêt ou un droit réel qui grève le droit du créancier au paiement du compte créditeur par les clients ou l'institution financière du débiteur.

[45] Au paragraphe 224(1.3) *LIR*, le mot « droit » est rendu en anglais par « *interest* ». Comme le fait observer Marc Cuerrier dans « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale » (section 2.3), fascicule 7 publié dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (2001), cette

difference in the English and French reflects differences in the two major legal systems of Canada. While in the common law it is possible to speak independently of both rights and interests in property, only rights are recognized in the civil law. As Martin Lamoureux notes in his article "The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization" published in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of Studies in Tax Law 2001* (2002), 7.1, the term "*droit*" in civil law corresponds most to the term "interest" in common law.

[46] In this case, the issue is not whether the Caisse's interest in or right over Camvrac's property is one that conforms with the property security legislation of the provinces. This is because the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, which incorporate by reference the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA*, applies "[n]otwithstanding . . . any enactment of a province" (see also *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41, at para. 31). However, it is of note that the agreements between the Caisse and Camvrac did conform to the requirements for a movable hypothec with delivery established by this Court in *Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin*, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666, so as to constitute a real right under the *Civil Code of Québec*.

[47] In the *Civil Code of Québec*, a hypothec is defined as a real right (art. 2660 *C.C.Q.*). As my colleague notes, a claim, like an account receivable, can be hypothecated with or without delivery (art. 2710 *C.C.Q.*). In *Val-Brillant*, Gonthier J., for the majority, considered what was necessary for a movable hypothec with delivery over a non-negotiable claim, like the one at issue in this case. He held at para. 28 that:

> A movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim is therefore validly granted and

différence d'ordre terminologique entre les versions française et anglaise reflète les différences entre les deux grandes traditions juridiques au Canada. Alors qu'en common law, un bien fait l'objet d'un « droit » ou d'un « intérêt », dans la tradition civiliste, il fait l'objet d'un « droit ». Martin Lamoureux signale dans son article intitulé « Rapport sur l'harmonisation du terme "Interest" », publié dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études en fiscalité 2001* (2002), 7.1, que le mot « *interest* » employé en anglais en common law correspond le plus souvent au mot « droit » employé en français en droit civil.

[46] En l'espèce, la question n'est pas de savoir si le droit de la Caisse sur le bien de Camvrac satisfait ou non aux exigences des lois provinciales sur les sûretés mobilières. Il en est ainsi parce que la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, qui incorporent par renvoi la définition de « garantie » figurant au par. 224(1.3) *LIR*, s'applique « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif [. . .] provincial » (voir également l'arrêt *DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.*, 2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41, par. 31). Signalons cependant que les conventions signées par la Caisse et Camvrac satisfaisaient aux conditions auxquelles une hypothèque mobilière avec dépossession peut, selon la Cour, constituer un droit réel au regard du *Code civil du Québec* (*Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin*, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666).

[47] Le *Code civil du Québec* définit l'hypothèque comme un droit réel (art. 2660 *C.c.Q.*). Ma collègue fait remarquer qu'une créance — tel un compte créditeur — peut être hypothéquée avec ou sans dépossession (art. 2710 *C.c.Q.*). Dans l'arrêt *Val-Brillant*, l'auteur des motifs majoritaires, le juge Gonthier, s'est penché sur les conditions auxquelles une créance non négociable comme celle considérée en l'espèce pouvait être grevée d'une hypothèque mobilière avec dépossession. Voici ce qu'il a conclu au par. 28 :

> Ainsi, une hypothèque mobilière avec dépossession portant sur une créance non négociable est validement

published [per arts. 2702 and 2703 C.C.Q.] where (i) the debtor has transferred effective control of the claim to the creditor by giving the creditor the right to collect directly in the event of default, without further authorization by the debtor; (ii) where the claim is evidenced by a non-negotiable title which it is possible to hand over, such title has been handed over to the creditor; and (iii) the necessary steps have been taken so that the hypothec may be set up against the debtor of the claim in accordance with art. 1641 C.C.Q.

[48] In this case, the agreements between the Caisse and Camvrac met these criteria. First, the Caisse had effective control over Camvrac's claim. The five-year term and the conditions in the "Security Given Through Savings" agreement ensured that the Caisse had effective control over Camvrac's deposit and that, in the event of default, the Caisse could effect compensation between the line of credit and Camvrac's deposit without further authorization from Camvrac. Second, it is not clear on the record whether a certificate of deposit was or was not issued in this case. Both clause 2 of the "Security Given Through Savings" agreement and the fact that the Caisse noted on its copy of the "Term Savings Agreement" that it had been [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security" suggest that, if a certificate of deposit was issued, it was held by the Caisse. However, nothing turns on whether Camvrac's term deposit was evidenced by a certificate of deposit. Gonthier J.'s second criteria for a movable hypothec with delivery over a non-negotiable claim only applies where a non-negotiable title exists. Where it does not, the second criteria is not applicable. Third, a movable hypothec with delivery is set up against the account debtor and all other claimants by taking the necessary steps under art. 1641 *C.C.Q.* Under art. 1641 *C.C.Q.*, the assignment may be set up against the account debtor and other claimants as soon as the account debtor has acquiesced in it. In this case, in respect of Camvrac's deposit, the Caisse is the account debtor as well as the assignee. Obviously, the Caisse as account debtor acquiesced in the assignment of its debt to itself as assignee. In my view, because the agreements between the Caisse and Camvrac met the criteria of a movable hypothec with delivery on a non-negotiable claim and because a hypothec is defined as a real right

constituée et publiée lorsque (i) le débiteur a cédé au créancier la maîtrise effective de la créance en lui consentant le droit de la percevoir directement en cas de défaut, sans autorisation supplémentaire de sa part; (ii) lorsqu'un titre non négociable constate la créance et que sa remise est possible, ce titre a été remis au créancier; et (iii) l'hypothèque a été rendue opposable au débiteur de la créance en conformité avec l'art. 1641 C.c.Q.

[48] Dans la présente affaire, les conventions intervenues entre les parties satisfaisaient à ces conditions. Premièrement, la Caisse avait la maîtrise effective de la créance de Camvrac. Le terme de cinq ans et les conditions de la convention de mise en garantie d'épargne lui assuraient la maîtrise effective du dépôt de Camvrac et lui permettait, en cas de défaut, d'opérer compensation entre l'ouverture de crédit et le dépôt sans autorisation supplémentaire de Camvrac. Deuxièmement, le dossier n'indique pas clairement si un certificat de dépôt a été délivré ou non en l'espèce. La deuxième clause de la convention de mise en garantie d'épargne et l'inscription par la Caisse sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme de la mention « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie » donnent à penser que si un certificat de dépôt a été délivré, la Caisse l'a conservé. Or, la question de savoir si le dépôt à terme est constaté ou non par un certificat n'a pas d'importance en l'espèce. Le deuxième critère énoncé par le juge Gonthier pour qu'une hypothèque mobilière avec dépossession puisse grever une créance non négociable ne vaut que lorsque le titre non négociable existe, sinon il est inapplicable. Troisièmement, une hypothèque mobilière avec dépossession est rendue opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers conformément à l'art. 1641 *C.c.Q.*, lequel prévoit que la cession est opposable au débiteur du compte et aux autres créanciers dès que le premier y a acquiescé. En ce qui concerne le dépôt de Camvrac, la Caisse est à la fois débiteur du compte et cessionnaire. À titre de débiteur du compte, la Caisse a manifestement acquiescé à la cession de sa dette à elle-même à titre de cessionnaire. À mon avis, puisque les conventions liant la Caisse et Camvrac respectaient les critères applicables à l'hypothèque mobilière avec dépossession grevant une créance

in the *Civil Code of Québec*, the Caisse must have held a real right over Camvrac's property.

[49] As my colleague notes at para. 129, art. 2702 *C.C.Q.* has been amended and these amendments have come into force since this case was heard. It is not necessary to embark upon an interpretation of these amendments. However, what they point out is that, should provincial law form the basis for defining a "security interest" under s. 224(1.3) *ITA*, the scope of the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* could change from time to time with changes to provincial property security law. In my view, this result is not contemplated by the words of ss. 224(1.3) and 227(4.1) *ITA*, and s. 86(2.1) *EIA*.

[50] Deschamps J. says that Camvrac's obligation to maintain the deposit and the Caisse's right to withhold repayment "were of residual application" only (para. 120). During the term of the deposit, the Caisse was not required to return the deposit until the term had expired.

[51] Even if the obligation to maintain and the right to retain are residual and apply only after the five-year term of the deposit has expired, they are nonetheless encumbrances that could affect Camvrac's use of its property. Indeed, as Deschamps J. says, they are mechanisms provided "to ensure that legal or conventional compensation could be effected" (para. 120). That is precisely the point. The agreements entered into by Camvrac and the Caisse created rights and obligations, including the Caisse's right of retention and Camvrac's obligation to maintain the deposit, to ensure that the Caisse would remain liable to Camvrac if the Caisse had to resort to compensation as a remedy.

[52] Finally, Deschamps J. says that the Caisse's right of retention of Camvrac's $200,000 deposit does not confer on the Caisse a real right to Camvrac's term deposit. She says at para. 121:

> The most important thing to bear in mind is that none of the clauses . . . created a real right or [a] security

non négociable et que l'hypothèque est considérée comme un droit réel dans le *Code civil du Québec*, la Caisse doit avoir été titulaire d'un droit réel sur le bien de Camvrac.

[49] Comme le relève ma collègue au par. 129 de ses motifs, l'art. 2702 *C.c.Q.* a été modifié, et son nouveau libellé est entré en vigueur après l'audience. Point n'est besoin d'interpréter cette modification. Toutefois, elle me permet de rappeler que si la portée de la « garantie » définie au par. 224(1.3) *LIR* devait être déterminée en fonction du droit provincial, l'étendue de la fiducie réputée établie aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* varierait au gré des modifications apportées à la législation provinciale sur les sûretés. À mon sens, telle n'est pas l'intention qui ressort du texte des par. 224(1.3) et 227(4.1) *LIR* et du par. 86(2.1) *LAE*.

[50] La juge Deschamps estime que l'obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt et le droit de la Caisse de la retenir « [ne sont que des mécanismes] d'application résiduelle » (par. 120). Pendant la durée du dépôt, avant l'expiration du terme, la Caisse n'avait pas à payer la somme.

[51] Même si l'obligation de laisser la somme en dépôt et le droit de la retenir revêtent un caractère « résiduel » et ne valent qu'à l'expiration du terme de cinq ans, ils constituent néanmoins des restrictions susceptibles de modifier l'utilisation de son bien par Camvrac. En effet, comme l'affirme la juge Deschamps, ce sont des mécanismes prévus pour « assurer l'efficacité de la compensation légale ou conventionnelle » (par. 120). Tel est précisément mon propos. Les conventions conclues par Camvrac et la Caisse ont créé des droits et des obligations, dont le droit de retenue de la Caisse et l'obligation de Camvrac de laisser la somme en dépôt, afin que la Caisse demeure l'obligée de Camvrac pour pouvoir recourir à la compensation au besoin.

[52] Enfin, la juge Deschamps opine que le droit de la Caisse de retenir la somme de 200 000 $ déposée par Camvrac ne lui confère pas de droit réel sur le dépôt à terme. Voici ce qu'elle dit au par. 121 :

> L'élément le plus important à signaler est qu'aucune des clauses [. . .] ne crée de droit réel ou de [. . .] *security*

interest . . . . A term is a deadline for repayment. The right to deduct is simply the right of a creditor not to perform an obligation to pay as long as a debt is owed to him or her. It is, in a way, an extension granted for repayment. As for the obligation to maintain, it is clearly an undertaking by one person to another to perform an obligation. The limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate constitutes an obligation "not to do".

[53] She further says, at para. 124, that my approach may conflict with how negative pledges are treated under the functional approach to personal property security in the common law provinces. She quotes Professors Cuming, Walsh and Wood who say, at p. 86:

A "negative pledge" clause or negative covenant in a loan agreement under which the borrower covenants not to encumber or dispose of some or all of her personal property until the loan is repaid does not create a security interest since, standing alone, the covenant does not create an interest in the property of the borrower. A negative pledge clause in a security agreement cannot prevent the covenantor from giving another effective security interest in the collateral. [Emphasis added.]

[54] I believe her paras. 121 and 124 highlight the difference between us. I would agree with my colleague that no security interest has been created if a contractual right to compensation only means that, should the debtor default, the creditor may retain amounts owed to the debtor, if any. I would also agree that a negative pledge "standing alone" does not "prevent the covenantor from giving another effective security interest in collateral".

[55] However, much more was occurring here. From the outset, the Caisse required that Camvrac make a term deposit subject to encumbrances in order to ensure that the Caisse would remain liable to Camvrac, in the event that the Caisse had to resort to the remedy of compensation as a result of default. The right of retention, the obligation to maintain and Camvrac's pledge not to hypothecate

interest [. . .] Le terme est un délai établi pour le remboursement. Le droit de retenue est simplement le droit d'un créancier de ne pas exécuter son obligation de payer tant qu'une dette lui est due. Il s'agit, en quelque sorte, d'un délai additionnel accordé pour le paiement. Quant à l'obligation de maintenir, il s'agit clairement de l'engagement d'une personne envers une autre à exécuter une obligation. La limite au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier constitue une obligation de ne pas faire.

[53] Elle ajoute au par. 124 que mon approche pourrait aller à l'encontre de la manière dont on considère la sûreté négative (en anglais, « *negative pledge* ») suivant l'interprétation fonctionnelle des sûretés mobilières qui a cours dans les provinces de common law. Elle cite à l'appui les professeurs Cuming, Walsh et Wood (p. 86) :

[TRADUCTION] Dans un contrat de prêt, la clause de « sûreté négative » ou l'engagement de ne pas faire par lequel l'emprunteur s'engage à ne pas grever ses biens mobiliers d'une charge ni les aliéner, en totalité ou en partie, avant le remboursement du prêt, ne fait pas naître de sûreté puisque, à lui seul, l'engagement ne confère pas de droit sur le bien de l'emprunteur. Dans une convention conférant une sûreté, une clause de sûreté négative ne peut empêcher l'auteur de l'engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien. [Je souligne.]

[54] Les paragraphes 121 et 124 de ses motifs mettent notre désaccord en évidence. Je conviens volontiers avec ma collègue qu'aucune garantie (ou *security interest*) n'a été établie si le droit conventionnel de compensation fait seulement en sorte qu'en cas de défaut de la part du débiteur, le créancier peut conserver les sommes dues au débiteur, s'il en est. Je conviens aussi qu'« à elle seule », une sûreté négative ne saurait « empêcher l'auteur de l'engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien ».

[55] Or, le droit conféré en l'espèce est bien plus large. Dès le départ, la Caisse a exigé de Camvrac qu'elle effectue un dépôt à terme soumis à des restrictions de façon que la Caisse demeure l'obligée de Camvrac pour le cas où elle devrait recourir à la compensation par suite d'un défaut. Le droit de retenue, l'obligation de maintien du dépôt et l'engagement de Camvrac à ne pas hypothéquer ou

or use its term deposit as security in favour of anyone besides the Caisse were three of a series of encumbrances that created the Caisse's interest in or right over Camvrac's property to ensure that compensation would be an effective remedy.

E. *To Which of the Unremitted Source Deductions Did the Deemed Trust Apply?*

[56] Having concluded that the agreements between the Caisse and Camvrac created a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*, it is now necessary to determine whether the deemed trust covered all unremitted source deductions that the Crown sought from the Caisse.

[57] On the facts of this case, some of the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted was owed by Camvrac to the Crown before Camvrac entered into the "Term Savings Agreement" with the Caisse. There is some question, then, in this case, whether the deemed trust provisions in s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* can confer beneficial ownership on the Crown over Camvrac's after-acquired property (i.e. the term deposit).

[58] A second issue is at what point the Caisse realized on its security in the term deposit by effecting compensation. The Caisse says that the relevant date was the date of default, November 25, 2000. The Crown says that the relevant date was February 21, 2001. Under s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*, Camvrac's property is impressed with the Crown's deemed trust from the time income tax and employment insurance premiums were deducted at source by Camvrac. The date at which the Caisse effected compensation is important because unremitted employment insurance premiums and income tax were deducted by Camvrac until the end of January 2001. If the Caisse is correct, as of November 25, 2000 the Crown would have no entitlement to the proceeds of the term deposit for source deductions that were deducted after November 25, 2000 since the term deposit would no longer have been the property of Camvrac once compensation had been effected and could not be subject to the deemed trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA*.

donner en garantie le dépôt à terme en faveur d'une autre personne que la Caisse constituaient trois des restrictions ayant fait naître le droit de la Caisse sur le bien de Camvrac afin que la compensation demeure opposable.

E. *Quelles déductions à la source non versées à l'État sont assujetties à la fiducie réputée?*

[56] Puisque j'ai conclu que les conventions intervenues entre la Caisse et Camvrac ont établi une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il me faut maintenant déterminer si la fiducie réputée s'applique à toutes les retenues à la source dont Sa Majesté réclame à la Caisse le versement.

[57] En l'espèce, avant de conclure la convention d'épargne à terme avec la Caisse, Camvrac devait déjà à Sa Majesté une partie des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source. On peut donc se demander si les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*, établissant la fiducie réputée, peuvent conférer à Sa Majesté un droit sur un bien acquis subséquemment par Camvrac (le dépôt à terme).

[58] Se pose également la question de savoir à quel moment la Caisse a réalisé, en opérant compensation, la garantie que constituait le dépôt à terme. La Caisse prétend que c'est le jour du défaut, le 25 novembre 2000, et Sa Majesté, le 21 février 2001. Les paragraphes 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* disposent que les biens de Camvrac tombent sous le coup de la fiducie réputée de Sa Majesté dès la déduction à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi par Camvrac. La date à laquelle la Caisse a opéré compensation importe, car jusqu'à la fin de janvier 2001, Camvrac a déduit à la source des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu qui n'ont pas été versés à Sa Majesté. Si on retient la thèse de la Caisse, Sa Majesté n'a aucun droit sur le dépôt à terme pour les retenues à la source effectuées après le 25 novembre 2000, puisque le dépôt à terme n'appartenait plus à Camvrac une fois effectuée la compensation et ne pouvait donc pas être assujetti à la fiducie réputée établie par les par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE*. Si

If the Crown is correct, then the proceeds would be subject to the deemed trust for the full amount of the unremitted source deductions to February 21, 2001 (as the date when compensation was effected by the Caisse).

[59] With respect to whether the deemed trust provisions apply to after-acquired property, this Court interpreted s. 227(4.1) *ITA* broadly in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, as applying to both property in the hands of the tax debtor and after-acquired property. In *First Vancouver*, Iacobucci J. held for the Court, at para. 38, that

> based on the plain language of ss. 227(4) and 227(4.1) as supported by the purpose of the provisions and intentions of Parliament, the deemed trust created by these sections encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises.

The trust created by s. 227(4.1) *ITA* and s. 86(2.1) *EIA* is deemed to be in effect "at any time". It does not matter that the term deposit became the property of Camvrac only after some of the employment insurance premiums and income tax deductions went unremitted since the deemed trust "encompasses property which comes into the hands of the tax debtor after the trust arises". The proceeds of Camvrac's term deposit are therefore available to the Crown to discharge all of the outstanding employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac, whether the unremitted deductions occurred before or after Camvrac entered into the "Term Savings Agreement" and until the date that the Caisse realized on its security.

[60] As to the date on which the Caisse exercised its right to compensation, I agree with the Crown for two reasons. First, February 21, 2001 is the date on which the Caisse itself noted on its copy of the "Term Savings Agreement": [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security." This is evidence that the Caisse believed that compensation was effected on that date and not earlier. Second, the Caisse, according to its account records, continued to charge interest on the line of

on donne raison à Sa Majesté, le dépôt est assujetti à la fiducie réputée quant au total des retenues à la source non versées en date du 21 février 2001 (date à laquelle la Caisse a opéré compensation).

[59] Dans l'arrêt *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, appelée à déterminer si la fiducie réputée englobait un bien acquis subséquemment, notre Cour a interprété largement le par. 227(4.1) *LIR*, concluant qu'elle visait à la fois les biens se trouvant en la possession du débiteur fiscal et ceux acquis postérieurement. Le juge Iacobucci a statué au nom de la Cour (par. 38) :

> . . . vu le libellé clair des par. 227(4) et (4.1), appuyé par leur objectif et par l'intention du législateur, la fiducie réputée qu'ils créent englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation.

La fiducie créée aux par. 227(4.1) *LIR* et 86(2.1) *LAE* est réputée exister « [dès le] non-versement ». Il est sans importance que le dépôt à terme ne soit devenu la propriété de Camvrac qu'après la déduction à la source d'une partie des sommes non versées puisque la fiducie réputée « englobe les biens qui se retrouvent en la possession du débiteur fiscal à compter de sa matérialisation ». Le dépôt à terme pouvait donc être affecté au paiement de la totalité des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu déduits à la source et non versés par Camvrac avant ou après la signature de la convention d'épargne à terme par Camvrac, jusqu'à la réalisation de sa garantie par la Caisse.

[60] Pour ce qui est de la date à laquelle la Caisse a exercé son droit de compensation, je retiens la thèse de Sa Majesté pour deux raisons. Premièrement, le 21 février 2001, la Caisse a elle-même inscrit sur son exemplaire de la convention d'épargne à terme la mention « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie », ce qui montre qu'elle croyait que la compensation avait lieu à ce moment et pas avant. Deuxièmement, il appert des relevés de compte que malgré le défaut de Camvrac survenu

credit until January 31, 2001 despite the fact that Camvrac had defaulted on November 25, 2000 by failing to make its interest payment to the Caisse due on that date. The "Security Given Through Savings" agreement stated that:

7. DEFAULT

. . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them expressedly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

. . . Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

[61] These terms acknowledged that the Caisse had a discretion as to the timing of when compensation would be effected. The Caisse was entitled, as it did here, not to effect compensation immediately upon default, but instead could choose to allow the line of credit to remain open. This is what the Caisse did. It did not effect compensation until February 21, 2001. The Caisse is liable to pay to the Crown the amounts for employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to, and including, any deductions not remitted as of February 21, 2001.

F. *Interest Calculation*

[62] This issue may be disposed of quickly. The Caisse says that if it is liable to the Crown, the law of Quebec with respect to pre-judgment interest rather than ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, applies. I cannot agree with the Caisse. *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, is dispositive of the issue. Indebtedness under the *ITA* and *EIA* gives rise to a cause of action outside of a particular province and so the rules respecting pre-judgment interest in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* apply: see *Markevich*, at paras. 39-40. The cause of action

le 25 novembre 2000 par suite du non-paiement des intérêts alors exigibles, la Caisse a continué de comptabiliser l'intérêt exigible sur l'ouverture de crédit jusqu'au 31 janvier 2001. La convention de mise en garantie d'épargne stipulait d'ailleurs :

7. DÉFAUT

. . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

. . . En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

[61] Il ressort de ces stipulations que la Caisse pouvait décider du moment où s'opérerait la compensation. Elle pouvait — comme elle l'a fait — ne pas se prévaloir de son droit de compensation le jour du défaut et ne pas bloquer l'accès au crédit. Elle n'a exercé son droit de compensation que le 21 février 2001. La Caisse doit verser à Sa Majesté le montant des cotisations d'assurance-emploi et de l'impôt sur le revenu retenus à la source mais non versés par Camvrac en date du 21 février 2001.

F. *Calcul de l'intérêt*

[62] La question est assez simple à résoudre. La Caisse prétend que si elle est tenue de verser les sommes en cause à Sa Majesté, c'est le droit du Québec, et non les par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, qui régit l'intérêt avant jugement. Je ne puis en convenir. L'arrêt *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, est clair sur ce point. La dette contractée en application de la *LIR* et de la *LAE* donne lieu à un fait générateur survenu ailleurs que dans une province, de sorte que les règles applicables à l'intérêt avant jugement sont les par. 36(2) et 37(2) de

was that of the Crown against the Caisse for unremitted source deductions pursuant to its deemed trust which arose because the Caisse appropriated funds belonging to Camvrac which were impressed with the Crown's deemed trust.

IV. Conclusion

[63] For these reasons, I find that the terms of the "Term Savings Agreement" and the "Security Given Through Savings" agreement between the Caisse and Camvrac created a "security interest" within the meaning of s. 224(1.3) *ITA*. The Caisse was liable to the Crown for the unremitted employment insurance premiums and income tax deducted at source by Camvrac up to and including February 21, 2001. Interest is calculated in accordance with ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act* from February 21, 2001, when the Caisse effected compensation, to the date of payment.

[64] The appeal should be dismissed with costs in this Court only.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[65] DESCHAMPS J. (dissenting) — The Court is once again being asked to consider the scope of the rights resulting from the deemed trust created by Parliament to ensure that employers remit income tax and employment insurance premiums deducted from their employees' salaries to the Receiver General for Canada. For the reasons that follow, I find that compensation is not a "security interest" within the meaning of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), and the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 ("*EIA*"), and that the appellant's contractual right may be set up against the respondent because the respondent cannot have more rights than the employer itself had. I would accordingly allow the appeal and remand the case to the trial judge to establish the amount of the deductions that had not been remitted at the time the compensation agreement was signed.

la *Loi sur les Cours fédérales* : voir *Markevich*, par. 39-40. Le fait générateur est celui de Sa Majesté contre la Caisse pour les retenues à la source non versées, il est fondé sur sa fiducie réputée et il a résulté du prélèvement par la Caisse de fonds appartenant à Camvrac qui tombaient sous le coup de la fiducie réputée de l'État.

IV. Conclusion

[63] En conséquence, je conclus que le libellé de la convention d'épargne à terme et de la convention de mise en garantie d'épargne intervenues entre la Caisse et Camvrac a créé une « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*. La Caisse devait payer à Sa Majesté les cotisations d'assurance-emploi et l'impôt sur le revenu retenus à la source, mais non versés par Camvrac, jusqu'au 21 février 2001. L'intérêt est calculé conformément aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* du 21 février 2001, date à laquelle la Caisse a opéré compensation, jusqu'à la date du paiement.

[64] Le pourvoi est rejeté avec dépens devant notre Cour seulement.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[65] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Une fois de plus, la Cour est appelée à évaluer l'étendue des droits que confère la fiducie réputée, mesure créée par le Parlement pour assurer la remise au Receveur général du Canada des retenues faites par les employeurs sur les salaires de leurs employés au titre de l'impôt sur le revenu et des cotisations à l'assurance-emploi. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la compensation ne constitue pas une garantie au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), et que le droit contractuel dont bénéficie l'appelante est opposable à l'intimée, puisque cette dernière ne saurait posséder plus de droits que l'employeur n'en avait lui-même. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de renvoyer le dossier au juge de première instance pour qu'il établisse le montant des retenues non remises au moment de la conclusion de la convention de compensation.

1. Issues

[66] The main issue in this appeal concerns the effect of the deemed trust provided for in the *ITA* and the *EIA* on assets subject to compensation under an agreement between the Caisse populaire Desjardins de Bon Conseil, to whose rights the appellant ("Caisse") has succeeded, and the employer, Camvrac Enterprises Inc. ("Camvrac"). The Caisse raises an additional issue related to the calculation of interest. It submits that as a result of ss. 36(1) and 37(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, interest should have been calculated in accordance with the rule that applies in Quebec. The respondent contends that ss. 36(2) and 37(2) of that Act apply instead, because the cause of action arose outside Quebec. I will discuss the issue relating to the deemed trust first before turning to the interest issue.

2. Facts

[67] Between May 2000 and January 2001, Camvrac, an employer doing business in Quebec, failed to remit $26,863.53 in income tax and employment insurance premiums deducted from its employees' salaries to the Receiver General for Canada. Nothing in the evidence specifies the amount owed by Camvrac as of September 25, 2000, but according to the Federal Court prothonotary who heard the matter at trial, the unremitted deductions totalled $5,558.72 in October 2000.

[68] On September 18, 2000, the Caisse and Camvrac signed a variable credit contract under which the Caisse extended $277,000 in credit to Camvrac. A few days later, on September 25, 2000, two additional agreements were signed: a term savings agreement under which Camvrac deposited $200,000 in the Caisse for a term expiring on October 16, 2005, and an agreement to give savings as security for the repayment of any amount owed to the Caisse, in which Camvrac granted the Caisse a "right to withholding and compensation" and a hypothec. Only the right to compensation is in issue in this appeal: neither the hypothec nor the

1. Questions en litige

[66] La principale question que soulève le présent pourvoi concerne l'effet de la fiducie réputée prévue par la *LIR* et la *LAE* sur des biens sujets à compensation en vertu d'une convention conclue entre la Caisse populaire Desjardins du Bon Conseil aux droits de laquelle est l'appelante (« Caisse ») et l'employeur, Entreprises Camvrac inc. (« Camvrac »). La Caisse soulève une question additionnelle touchant le calcul des intérêts. Elle soutient qu'ils auraient dû être calculés suivant la règle qui s'applique au Québec en raison des par. 36(1) et 37(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. Pour sa part, l'intimée prétend que ce sont plutôt les par. 36(2) et 37(2) de cette loi qui s'appliquent, puisque le fait générateur du litige est survenu ailleurs qu'au Québec. Je traiterai d'abord de la question de la fiducie réputée, puis de la question des intérêts.

2. Faits

[67] De mai 2000 à janvier 2001, Camvrac, un employeur faisant affaire au Québec, a fait défaut de remettre au Receveur général du Canada la somme de 26 863,53 $ retenue sur les salaires de ses employés au titre de l'impôt sur le revenu et de l'assurance-emploi. La preuve ne précise pas la somme que devait Camvrac au 25 septembre 2000, mais, selon la protonotaire de la Cour fédérale qui a entendu l'affaire en première instance, les retenues non remises totalisaient 5 558,72 $ en octobre 2000.

[68] Le 18 septembre 2000, la Caisse et Camvrac signent un contrat de crédit variable par lequel la Caisse consent à Camvrac un crédit de 277 000 $. Quelques jours plus tard, soit le 25 septembre 2000, deux conventions additionnelles sont signées : une convention d'épargne à terme suivant laquelle Camvrac fait un dépôt de 200 000 $ échéant le 16 octobre 2005, et une convention de mise en garantie d'épargne pour garantir le remboursement de toute somme due à la Caisse et dans laquelle Camvrac consent à la Caisse un droit de rétention et de compensation, de même qu'une hypothèque. Seul le droit de compensation est en cause dans le présent

right to withhold was raised, enforced or exercised, or set up against the respondent. Although excerpts from the relevant clauses are also set out in the Appendix, I will reproduce one here that I will be discussing more specifically:

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by the Depositor under a line of credit agreement in the amount of $277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18 and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by the Depositor, the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) ... mentioned below, of the amount of $200,000.00 distributed as follows: .... Alternative term saving 5 years in the amount of $200,000.00 ....

The Caisse may withhold the sums shown above, along with the interest from the certificates of deposit if applicable, as long as all the amounts due under the Credit Contract(s) have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

[69] I note that the parties and the courts below have sometimes referred to the term deposit as a "certificate of deposit". In my opinion, as is indicated in the term savings agreement, it is simply a term deposit. But what it is called is of no consequence in light of the mechanisms that are at issue in this appeal.

[70] On November 25, 2000, Camvrac defaulted on the interest on the borrowed amount. On December 1, 2000, that interest was paid by means of a manual transfer of funds effected by the Caisse. A statement dated December 31, 2000, shows a debt of $277,000 owed by Camvrac to the Caisse; it also indicates that monthly interest on the total amount of the loan was charged to Camvrac. A savings and investment account statement dated January 31, 2001 shows a balance of $200,578 in respect of

pourvoi : ni l'hypothèque ni le droit de rétention n'ont été invoqués, exercés ou opposés à l'intimé. Bien que les extraits des clauses pertinentes figurent également en annexe, j'ai reproduit ci-après un extrait dont je discuterai de façon plus particulière :

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse par le déposant en vertu d'un contrat d'ouverture de crédit de 277 000,00 $ qui lui a été consenti le 2000-09-18; et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes du déposant, le déposant s'engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes [. . .] la somme de 200 000,00 $ se répartissant comme suit : [. . .] Épargne à terme à gestion active 5 ans au montant de 200 000,00 $ . . .

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus, ainsi que les intérêts provenant des certificats de dépôt le cas échéant, tant que la totalité des sommes dues en vertu du ou des contrats de crédit n'auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, tel qu'il est prévu à l'article 7.

[69] Je note que les parties et les tribunaux inférieurs ont, à l'occasion, désigné le dépôt à terme sous le vocable de « certificat de dépôt ». À mon avis, tel que l'indique la convention d'épargne à terme, il s'agit d'un simple dépôt à terme. Cette désignation n'a toutefois aucune conséquence, vu les mécanismes qui sont en jeu en l'espèce.

[70] Le 25 novembre 2000, Camvrac fait défaut de payer les intérêts sur l'emprunt. Le 1er décembre suivant, ces intérêts sont payés par virement manuel fait par la Caisse. Le relevé du 31 décembre 2000 fait état d'une dette de Camvrac envers la Caisse de 277 000 $; il indique aussi que les intérêts mensuels, calculés sur le montant total du prêt, sont portés au compte de Camvrac. Le relevé du compte d'épargne et de placement du 31 janvier 2001 indique un solde de 200 578 $ attribuable au

the deposit. On February 5, 2001, Camvrac made an assignment in bankruptcy. On its copy of the deposit agreement, the Caisse made the following note: [TRANSLATION] "To be closed on 21/2/2001 to realize on security."

[71] On June 12, 2001, the respondent required the Caisse to pay her $26,863.53 owed by Camvrac for payroll deductions. She submits that this amount was protected by the deemed trust resulting from provisions of the *ITA* and the *EIA*. The Caisse counters that the note made on the deposit agreement on February 21, 2001 was merely administrative in nature and that its debt to Camvrac was extinguished by compensation.

3. Judicial History

[72] Before a prothonotary of the Federal Court, the respondent argued that the deposited amount was property of Camvrac that was subject to the deemed trust, and that in enforcing its security interest on February 21, 2001, the Caisse had realized on that certificate and should have paid her the amount of the deductions Camvrac had failed to remit. The Caisse submitted that under the agreement with Camvrac, the mutual debts — its own and that of Camvrac — became exigible when Camvrac defaulted and that those debts had been extinguished by compensation. In the prothonotary's opinion, there was no doubt that the deposited amount was held as security, that in "cashing it in", the Caisse was enforcing a security interest, and that the deposited amount was subject to the deemed trust. She therefore held that "the value of the benefit conferred on the [Caisse] through the realization on its security interest in the certificate of deposit constitutes the proceeds from the certificate of deposit, and must be paid to the Receiver General" (2005 FC 731, 2006 D.T.C. 6385, at para. 22). According to the prothonotary, legal compensation could not be relied on, because the term of the deposit had not expired. She added that if the Caisse wanted to avail itself of its contracts with Camvrac, it had to manifest its intention to enforce them, which it did not do until February 21, 2001, by which time the respondent's right had priority.

dépôt. Le 5 février 2001, Camvrac fait cession de ses biens. Sur sa copie de la convention de dépôt, la Caisse note : « Fermer le 21/2/2001 pour réalisation de garantie. »

[71] Le 12 juin 2001, l'intimée enjoint à la Caisse de lui payer la somme de 26 863,53 $ due par Camvrac au titre des retenues sur les salaires. L'intimée soutient que cette somme est protégée par la fiducie réputée résultant des dispositions de la *LIR* et de la *LAE*. La Caisse réplique que la note inscrite à la convention de dépôt le 21 février 2001 n'avait qu'une fonction administrative et que sa dette envers Camvrac a été éteinte par compensation.

3. Historique des procédures judiciaires

[72] Devant la protonotaire de la Cour fédérale, l'intimée a soutenu que le dépôt était un bien de Camvrac visé par la fiducie réputée et que, en exerçant sa garantie le 21 février 2001, la Caisse avait réalisé ce certificat et devait verser à l'intimée le montant des retenues non remises par Camvrac. Pour sa part, la Caisse a prétendu que, aux termes de la convention conclue avec Camvrac, le défaut rendait exigibles les dettes mutuelles — la sienne et celle de Camvrac — et que celles-ci étaient éteintes par compensation. Pour la protonotaire, il ne faisait aucun doute que le dépôt était détenu à titre de garantie, que son encaissement constituait la réalisation d'une garantie et que le dépôt était visé par la fiducie réputée. Elle donc a conclu que « [l]a valeur du bénéfice conféré à la [Caisse] en raison de la réalisation de sa garantie sur le certificat de dépôt constitue [. . .] le produit découlant du certificat de dépôt, et doit être payé au receveur général » (2005 CF 731, 2005 D.T.C. 5268, par. 22). Selon la protonotaire, la compensation légale ne pouvait pas être invoquée, parce que le terme du dépôt n'était pas échu. Par ailleurs, la protonotaire a jugé que, si la Caisse voulait se prévaloir des contrats la liant à Camvrac, elle devait manifester son intention de leur donner effet, ce qu'elle n'a pas fait avant le 21 février 2001, date à laquelle le droit de l'intimée l'emportait. Elle donc a ordonné à la Caisse de payer la somme réclamée par l'intimée. La protonotaire

The prothonotary therefore ordered the Caisse to pay the amount claimed by the respondent. She awarded interest at the rate provided for in ss. 36(2) and 37(2) of the *Federal Courts Act*.

[73] The Federal Court upheld the prothonotary's judgment (2005 FC 1563, 2007 D.T.C. 5664). In response to the Caisse's argument that the prothonotary had failed to consider the forfeiture of the term clause in the term savings agreement, the court stated that although conventional compensation could have been effected under the terms of the contract before the expiry of the term of the deposit, the Caisse had not exercised its right to do so until February 21, 2001, by which time the deposit amount was subject to the deemed trust. The Federal Court rejected the Caisse's argument that compensation is not a security interest, relying instead on the French version of the definition of "security interest" (*garantie*) in s. 224(1.3) *ITA* to conclude that even if compensation were held to constitute a payment, it would be considered a "security interest" within the meaning of the *ITA*.

[74] The Federal Court of Appeal also concluded that the *ITA*'s definition of "security interest" is sufficiently broad to include the Caisse's right to compensation in respect of Camvrac's deposit, and that the provisions concerning the deemed trust authorized the respondent to recover from the Caisse the amounts owed by Camvrac (2006 FCA 366, 361 N.R. 77). On the interest issue, the Court of Appeal relied on *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, and *Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos*, 2004 FCA 92, 324 N.R. 31, and upheld the trial judgment.

4. Parties' Arguments Concerning the Deemed Trust

[75] The Caisse advances three arguments: (1) the courts below erred in finding that the mechanism it relies on is a security interest within the meaning of ss. 224(1.3) and 227(4.1); (2) compensation is not a mechanism for performing obligations; and (3) the time when the debt was extinguished does not depend on whether the compensation is

a fixé les intérêts au taux prévu aux par. 36(2) et 37(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[73] La Cour fédérale a confirmé le jugement de la protonotaire (2005 CF 1563, 2005 D.T.C. 5723). En réponse à l'argument de la Caisse selon lequel la protonotaire avait omis de considérer la clause de déchéance du terme que contenait la convention d'épargne à terme, la cour a précisé que, même si les dispositions du contrat permettaient d'invoquer la compensation conventionnelle avant l'échéance du dépôt, la Caisse ne s'en était prévalue que le 21 février 2001, moment où la fiducie réputée affectait déjà le dépôt. La Cour fédérale n'a pas accepté l'argument de la Caisse suivant lequel la compensation n'est pas une garantie. Elle s'est plutôt appuyée sur la version française de la définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR* pour conclure que, même si la compensation était jugée constituer un paiement, elle serait tout de même considérée comme une garantie au sens de la *LIR*.

[74] La Cour d'appel fédérale a conclu elle aussi que la définition de « garantie » à la *LIR* est suffisamment large pour inclure le droit de compensation de la Caisse à l'égard du dépôt de Camvrac, et que les dispositions concernant la fiducie réputée permettaient à l'intimée de recouvrer auprès de la Caisse les sommes dues par Camvrac (2006 CAF 366, 361 N.R. 77). Relativement à la question des intérêts, la Cour d'appel s'est appuyée sur les arrêts *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, et *Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos*, 2004 CAF 92, 324 N.R. 31, et a confirmé le jugement de première instance.

4. Les arguments des parties concernant la fiducie réputée

[75] La Caisse invoque trois arguments : (1) les juridictions inférieures ont fait erreur en concluant que le mécanisme dont elle veut se prévaloir est une garantie aux termes des par. 224(1.3) et 227(4.1); (2) la compensation n'est pas un mécanisme d'exécution des obligations; (3) le fait de qualifier la compensation de légale ou de conventionnelle ne

characterized as legal or conventional, but in the alternative, if it must be characterized, it should instead be regarded as a contractual arrangement for compensation in the future. This last argument does not appear to have been raised as forcefully in the courts below, but the facts and legal concepts relied on remain the same.

[76] The respondent contends that the deemed trust creates an absolute priority and that, regardless of whether the compensation is conventional or legal or of whether compensation constitutes a security interest, the proceeds from the "cashing in" of the term deposit must be paid to her up to the amount of the source deductions owed by the employer.

[77] Because the courts below held that compensation constitutes a "security interest" as defined in s. 224(1.3) *ITA*, I will deal with this issue first. I will then consider whether the contractual right to compensation may be set up against the respondent.

5. "Security Interest" as Defined in Section 224(1.3) *ITA*

[78] Over ten years ago, Gonthier J. observed in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 22, that a clash between conflicting legislative objectives had given rise to a competition of priorities between deemed trusts and consensual security interests. In 1998, Parliament enacted legislation to expand the scope of the deemed trust (S.C. 1998, c. 19, s. 226(1)) and give it priority over every "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3). In this context, it is important to clearly delineate the concept of "security interest" as defined in that provision.

[79] Although the provisions in issue in this appeal — ss. 224(1.3), 227(4) and 227(4.1) *ITA* and the corresponding provisions of the *EIA* — are reproduced in the Appendix, I will nevertheless reproduce the more relevant passages here for ease of reference. Section 224(1.3) *ITA* defines "security interest" for the purposes of the deemed

modifie pas le moment où l'extinction de la dette serait survenue, mais, subsidiairement, s'il faut qualifier le mécanisme, il faudrait plutôt parler d'aménagement conventionnel d'une compensation future. Ce dernier argument ne semble pas avoir été plaidé avec la même vigueur devant les tribunaux inférieurs, mais les faits et les concepts juridiques invoqués restent les mêmes.

[76] Pour sa part, l'intimée plaide que la fiducie réputée crée une priorité absolue et que, peu importe que la compensation soit conventionnelle ou légale ou encore qu'elle constitue une garantie ou non, le produit découlant de l'encaissement du dépôt doit lui être versé jusqu'à concurrence du montant des retenues à la source dues par l'employeur.

[77] Comme les juridictions inférieures ont conclu que la compensation constituait une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*, j'examinerai d'abord cette question. Je me pencherai ensuite sur la question de l'opposabilité à l'intimée du droit conventionnel de compensation.

5. La notion de « garantie » au sens du par. 224(1.3) *LIR*

[78] Il y a plus de dix ans, dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 22, le juge Gonthier notait que l'affrontement entre des objectifs législatifs conflictuels donnait lieu à une concurrence pour la priorité de rang entre les fiducies réputées et les garanties consensuelles. En 1998, le Parlement a légiféré (L.C. 1998, ch. 19, par. 226(1)) et a élargi la portée de la fiducie réputée pour lui donner priorité sur toute garantie au sens du par. 224(1.3). Dans ce contexte, il importe de bien cerner la notion particulière de garantie énoncée à ce paragraphe.

[79] Les dispositions invoquées dans le présent pourvoi sont citées en annexe, soit les par. 224(1.3), 227(4) et 227(4.1) *LIR*, et les paragraphes correspondants de la *LAE*. Toutefois, par souci de commodité, j'en reproduis ici les passages plus pertinents. Au paragraphe 224(1.3), la *LIR* définit le terme « garantie » pour l'application de la notion

trust. The English version of the definition reads as follows:

"security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[80] The terminology used in the French version is different. On the one hand, the term "security interest" is rendered as "*garantie*". On the other hand, whereas the word "interest" is used in the English expression "interest in property", the word "*droit*" is used instead in the expression "*droit sur un bien*" in French:

« garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[81] The concept of "*garantie*" can vary in scope depending on the context. It is therefore important that the two versions be read together and that the meaning of the terms "security interest" and "*garantie*" be harmonized in the context of s. 224(1.3) *ITA*. It should be noted that there is no distinct federal common law: *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, and P. Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral* (2008), at p. 38. Where the suppletive law must be applied to interpret a concept incorporated into a federal rule, the law of the province is the relevant source: *Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4, s. 8, amending the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21. As a result, absent an express provision to the contrary, federal legislation must be interpreted in a manner consistent with the concepts and institutions of the legal system of the province in which it is to be applied: A. Morel, "La rédaction de lois

de « fiducie réputée ». La version française de la définition est rédigée ainsi :

« garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en particulier des garanties les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

[80] La version anglaise utilise une terminologie différente. D'une part, le mot « garantie » y est rendu par l'expression *security interest*. D'autre part, alors que le mot « droit » est utilisé dans l'expression française « droit sur un bien », c'est plutôt le mot *interest* qui est utilisé dans l'expression *interest in property* en anglais :

"security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

[81] Or, la notion de garantie peut varier selon le contexte dans laquelle elle s'insère. Il est donc important de lire les deux textes en corrélation et d'harmoniser la portée des termes « garantie » et *security interest* utilisées dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. Il convient de rappeler qu'il n'existe pas de common law fédérale autonome : *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, et P. Denault, *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral* (2008), p. 38. S'il faut recourir au droit supplétif pour interpréter un concept incorporé dans une règle fédérale, le droit provincial constitue la source applicable : *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4, art. 8, modifiant la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21. Par conséquent, sauf disposition expresse à l'effet contraire, un texte de loi fédéral doit être interprété en respectant les concepts et institutions propres au système juridique de la province dans laquelle il s'applique :

bilingues harmonisées avec le droit civil", in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of studies* (1997), 309, at p. 313.

[82] Furthermore, not only must reference be made — when necessary to interpret federal legislation — to the law of the province in which it is to be applied, but both the English and French versions must be taken into consideration: M. Bastarache et al., *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), at pp. 42 *et seq.* I will begin by analysing the English and French versions to determine whether a shared meaning can be established. In the case at bar, this analysis leads to a notion common to the civil law and the common law that makes it possible to harmonize the application of the taxing provision in the two legal systems.

[83] Given that the terms "security interest" in the English version and "*garantie*" in the French version may not have the same scope, it will be necessary to establish the shared meaning of the English and French versions by applying the principles of bilingual interpretation recently reiterated in *R. v. S.A.C.*, 2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675, at paras. 14-16 (see also Bastarache et al. and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327).

[84] There are two steps to this analysis: identifying the shared meaning and establishing Parliament's intent. At the first step, there are three possibilities (*S.A.C.*, at para. 15):

> First, the English and French versions may be irreconcilable. . . . Second, one version may be ambiguous while the other is plain and unequivocal. The shared meaning will then be that of the version that is plain and unambiguous: *Daoust*, at para. 28; Côté, at p. 327. Third, one version may have a broader meaning than the other. According to LeBel J. in *Schreiber*, at para. 56, "where one of the two versions is broader than the other, the common meaning would favour the more restricted or limited meaning".

[85] The first possibility can be ruled out: the two versions are not irreconcilable. In English, the expression "security interest" has a well-established

A. Morel, « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études* (1997), 309, p. 313.

[82] Par ailleurs, non seulement doit-on — lorsque cela est nécessaire pour interpréter un texte de loi fédéral — se reporter au droit de la province dans laquelle il doit être appliqué, mais il faut aussi tenir compte des versions anglaise et française : M. Bastarache et autres, *The Law of Bilingual Interpretation* (2008), p. 42 et suiv. Je vais d'abord analyser les versions française et anglaise pour déterminer si un sens commun peut être trouvé. En l'espèce, cette analyse permet de dégager une notion commune au droit civil et à la common law, notion qui permet d'harmoniser l'application de la disposition fiscale dans les deux systèmes de droit.

[83] Dans la mesure où l'expression *security interest* du texte anglais et le terme « garantie » du texte français n'ont pas la même portée, il faut rechercher le sens commun des versions française et anglaise de la définition en utilisant les principes d'interprétation bilingue réitérés récemment dans *R. c. S.A.C.*, 2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675, par. 14-16 (voir aussi Bastarache et autres, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 413).

[84] Cette analyse comporte deux étapes : la détermination du sens commun et la recherche de l'intention du législateur. À la première étape, trois hypothèses peuvent se présenter (*S.A.C.*, par. 15) :

> Premièrement, les versions française et anglaise peuvent être inconciliables. [. . .] Deuxièmement, une version peut être ambiguë alors que l'autre est claire et non équivoque. Le sens commun est alors celui de la version claire et non équivoque : *Daoust*, par. 28; Côté, p. 413. Troisièmement, une version peut avoir un sens plus large que l'autre. Selon le juge LeBel dans l'arrêt *Schreiber*, au par. 56, « lorsqu'une des deux versions possède un sens plus large que l'autre, le sens commun aux deux favorise le sens le plus restreint ou limité ».

[85] La première hypothèse est exclue. En effet, les deux versions ne sont pas irréconciliables. En anglais, l'expression *security interest* a un sens

meaning, whereas the French word "*garantie*" is more general. While every security interest is necessarily a *garantie*, the opposite is not necessarily true. For example, a personal surety provides a *garantie* but does not establish a security interest in his or her property. The English term is therefore more specific than the French. However, in light of the broad scope of the "security interest" concept, I do not consider it appropriate to say that the English version is "narrow" and the French version broad. If a choice had to be made between the second and third categories, therefore, the question would have to be placed in the second, that of the unequivocal version/ambiguous version. Here, this choice does not change the outcome, since in either case the shared meaning is that of the term used in the English version: "security interest".

[86] At the second step in the interpretation of bilingual statutes, it must be determined whether the shared meaning of the two versions is consistent with Parliament's intent (*S.A.C.*, at para. 16). It is clear that the successive amendments to the *ITA* and the *EIA* in respect of the deemed trust were intended to give enhanced protection to the tax creditor. Beyond this immediate objective, however, I cannot conclude that Parliament intended that the priority set for the taxing authorities should be vague. Such an interpretation would make it impossible for a tax debtor's creditors to determine their rights in advance. Given that the common law and civil law concepts are compatible, Parliament can only have intended to treat all Canadian taxpayers the same way and to enable both communities to predict how the legal mechanisms they use to organize their affairs will be interpreted. Only the shared meaning makes it possible to attain this objective. Accordingly, I conclude that Parliament's intent is consistent with the well-established concept of "security interest" as opposed to the more ambiguous concept of "*garantie*" (see ss. 8.1 and 8.2 of the *Interpretation Act*, introduced by the *Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*; Denault, at p. 117).

bien établi, alors que le mot français « garantie » est plus général. Un *security interest* est nécessairement une garantie, alors que l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Par exemple, une caution personnelle constitue une garantie mais ne confère pas un *security interest* dans les biens de la caution. Le terme anglais est donc plus précis que celui utilisé en français. Toutefois, en raison de la vaste portée de la notion de *security interest*, je ne crois pas qu'il soit approprié de qualifier d'étroite la version anglaise et de large la version française. En conséquence, s'il fallait choisir entre la deuxième et la troisième catégorie, la difficulté devrait être classée dans la deuxième, version non équivoque/version ambiguë. En l'espèce, ce choix ne modifie pas le résultat de l'analyse, puisque dans l'un ou l'autre cas, le sens commun est celui du terme utilisé dans la version anglaise, *security interest*.

[86] La deuxième étape dans l'interprétation de lois bilingues consiste à vérifier si le sens commun des deux versions correspond à l'intention du législateur (*S.A.C.*, par. 16). Il est certain que les modifications successives apportées à la *LIR* et à la *LAE* relativement à la fiducie réputée avaient pour but de mieux protéger le créancier fiscal. Cependant, au-delà de cet objectif immédiat, je ne peux conclure que le Parlement ait voulu donner une portée imprécise à la priorité conférée au fisc. En effet, si cette conclusion était retenue, cela impliquerait que les créanciers du débiteur fiscal ne pourraient pas déterminer à l'avance quels sont leurs droits. Dans la mesure où les concepts de common law et du droit civil sont compatibles, le Parlement peut uniquement avoir eu pour intention de réserver un traitement analogue à tous les contribuables canadiens et avoir voulu permettre aux deux communautés d'être en mesure de prédire l'interprétation qui serait donnée aux mécanismes juridiques utilisés pour organiser leurs affaires. Seule la version commune permet d'atteindre cet objectif. En conséquence, je conclus que l'intention du législateur correspond à la notion bien établie de *security interest* plutôt qu'à celle, plus équivoque, de garantie (voir : art. 8.1 et 8.2 de la *Loi d'interprétation*, introduits par la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*; Denault, p. 117).

[87] If, in the instant case, the shared meaning corresponds to the unequivocal concept of "security interest", it is because there is a concept common to a "security interest" in the sense of "interest in property" and a "*garantie*" in the sense of "*droit sur un bien*". It is this concept that must be identified. In "The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization", in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (2002), published in the *Collection of Studies in Tax Law 2001*, Martin Lamoureux points out that a term like "interest" may be impossible to define without considering the context. In his view, "depending on the context, the expression 'interest in property' appears to be the converse of the notion of absolute ownership" (p. 7:9). According to this interpretation, therefore, the security interest — the right in question in s. 224(1.3) *ITA* — is distinct from a right of absolute ownership.

[88] After analysing how the "interest" concept is used in the *ITA* and in the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("*ETA*"), Lamoureux proposes the concept of "real right" as a basis for harmonizing those of "interest" and "*droit*". He explains this as follows:

> As we stated in part three, we propose to harmonize the notion of "interest" (*intérêt*) with its Quebec equivalent which is "real right" (*droit réel*). This conclusion is based on a comparative analysis which shows a great similarity between the two concepts. In fact, a comparison of the two concepts shows a similarity between several of their general attributes, for example, the right to follow, the right to assert *adversus omnes*, a direct right to the thing and the dismemberment of property over time. [p. 7:22]

[89] This proposal is relevant in the case of s. 224(1.3), because the words "interest" and "*droit*" are used in the English and French versions of that provision. However, Lamoureux mentions some differences between the "interest" and "real right" concepts: for instance, beneficial ownership, equity and future interest can give rise to an interest in property but do not necessarily have equivalents in civil law. He accordingly suggests that Parliament should define "real right" in the *ITA* and the *ETA*,

[87] Si, en l'espèce, le sens commun correspond à la notion non équivoque de *security interest*, c'est qu'un concept commun se retrouve tant dans la notion de garantie comprise au sens de droit sur un bien que dans celle de *security interest* au sens de *interest in property*. C'est ce concept qu'il faut identifier. Dans le « Rapport sur l'harmonisation du terme "Interest" », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien* (2002), publié dans le *Recueil d'études en fiscalité 2001*, M^e^ Martin Lamoureux souligne qu'un terme comme *interest* se révèle impossible à définir sans en préciser le contexte. Ainsi, selon M^e^ Lamoureux, « le concept *interest in property* semble pouvoir s'opposer à la notion de propriété absolue, selon le contexte » (p. 7:9). En conséquence, selon cette interprétation, le *security interest* — droit visé au par. 224(1.3) *LIR* — est un droit distinct d'un droit de propriété absolu.

[88] De plus, après avoir analysé l'utilisation de la notion d'*interest* dans la *LIR* et dans la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), cet auteur propose le concept de droit réel pour harmoniser les notions d'*interest* et de « droit ». Il justifie sa proposition ainsi :

> Comme nous l'avons mentionné à la troisième étape, nous proposons d'harmoniser la notion d'« intérêt » (*interest*) avec son pendant québécois qui est le « droit réel » (*real right*). Ce résultat de recherche fait suite à une analyse comparative qui démontre une grande similitude entre ces deux concepts juridiques. En effet, plusieurs attributs généraux sont similaires si on superpose les deux concepts ensemble. Nous n'avons qu'à penser au droit de suite, à l'opposabilité à l'encontre de tous, à un droit direct sur le bien et au démembrement des biens dans le temps. [p. 7:23]

[89] La proposition trouve application au par. 224(1.3), car les mots *interest* en anglais et « droit » en français y sont utilisés. L'auteur signale toutefois certaines différences entre les concepts « *interest* » et « droit réel », par exemple le *beneficial ownership*, l'*equity* et l'intérêt futur, qui peuvent conférer un *interest in property* et qui n'ont pas nécessairement d'équivalent en droit civil. Pour cette raison, le législateur fédéral devrait selon lui définir l'expression « droit réel » dans la *LIR* et à la *LTA* et y inclure les

and include common law concepts needed for certain specific purposes in the definition. I agree with using the "real right" concept to harmonize the concept of "interest in property" with that of "*droit sur un bien*" (right in property). In classical civil law, a *droit sur un bien* is a real right, not a personal right. The accessory real right (known in French as a "*droit réel accessoire*" and, often, as a "*droit réel de garantie*") forms an essential component of a security: P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at paras. 422-23 and 440-47; *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations* (2003), "accessory real right", at pp. 4-5; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (6th ed. 2009), at paras. 103-4.

[90] At common law, the term "real right" and its close cousins "right *in rem*" and "*jus in re*", although less common, are nevertheless established. Professor Royston Miles Goode writes in *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4th ed. 2008), at para. 1-17, that "a security interest is a right in rem". Professors Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh and Roderick J. Wood also refer to the concept of "real right" or "right *in rem*" in *Personal Property Security Law* (2005):

> A creditor who is given a security interest in the debtor's property obtains a proprietary right to the collateral. The defining characteristic of a proprietary right (which is also referred to as a real right or a right *in rem*) is that it is a right in a thing that is generally enforceable against the world. [p. 511]

See also R. A. Macdonald, "Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies" (1994), 39 *McGill L.J.* 761; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law* (5th ed. 1885), at pp. 381-91; T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence* (12th ed. 1916), at pp. 146-47; W. N. Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1917), 26 *Yale L.J.* 710, at pp. 714-15; J. W. Salmond, *Jurisprudence* (10th ed. 1947), at pp. 252-56; G. W. Paton, *A Text-book of Jurisprudence* (2nd ed. 1951), at pp. 232-36; *Reagan v. Murphy*, 105 So.2d 210 (La. 1958); *Harwood Oil & Mining Co. v. Black*, 124 So.2d 764 (La. 1960).

notions de common law requises pour certaines fins particulières. Je suis d'accord pour retenir la notion de droit réel afin d'harmoniser les notions de « droit sur un bien » et « *interest in property* ». En droit civil classique, un droit sur un bien est un droit réel, non un droit personnel. Les droits réels accessoires qui font partie intégrante des sûretés sont aussi souvent appelés « droits réels de garantie » : P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2e éd. 2007), par. 422-423 et 440-447; *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations* (2003), « droit réel accessoire » et « droit réel de garantie », p. 133-134; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (6e éd. 2009), par. 103-104.

[90] En common law, le terme « *real right* » et ses proches cousins « *right in rem* » et « *jus in re* » sont moins usités mais tout aussi reconnus. Le professeur Royston Miles Goode, *Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4e éd. 2008), par. 1-17, écrit qu'[TRADUCTION] « [u]ne sûreté (*security interest*) est un droit sur la chose ». Dans l'ouvrage *Personal Property Security Law* (2005), les professeurs Ronald C. C. Cuming, Catherine Walsh et Roderick J. Wood utilisent eux aussi la notion de « *real right* » et « *right in rem* » :

> [TRADUCTION] Le créancier qui obtient une sûreté (*security interest*) sur un bien du débiteur possède dès lors un droit propriétal sur le bien en cause. La caractéristique fondamentale du droit propriétal (aussi appelé droit réel ou *in rem*) veut qu'il s'agisse d'un droit sur la chose généralement opposable à tous. [p. 511]

Voir aussi R. A. Macdonald, « Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies » (1994), 39 *R.D. McGill* 761; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law* (5e éd. 1885), p. 381-391; T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence* (12e éd. 1916), p. 146-147; W. N. Hohfeld, « Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1917), 26 *Yale L.J.* 710, p. 714-715; J. W. Salmond, *Jurisprudence* (10e éd. 1947), p. 252-256; G. W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence* (2e éd. 1951), p. 232-236; *Reagan c. Murphy*, 105 So.2d 210 (La. 1958); *Harwood Oil & Mining Co. c. Black*, 124 So.2d 764 (La. 1960).

[91] Moreover, just as an interest in property may be considered to be similar in many respects to a civil law real right, at common law, the notion of a "real right" is considered to be essential to a finding that a security interest exists in the area of personal property security. It is now well established that a functional approach has been adopted in the common law provinces and that form is not determinative of whether a security has been created. The fact remains, however, that the basis for a security interest continues to be a real right. Professors Cuming, Walsh and Wood explain this clearly:

> The elimination of form as a determinant of the existence of a security agreement necessitates a close look at some types of transactions that, on the surface, appear to fall outside the scope of a PPSA but that may provide for interests that fall on one side of the line or the other, depending upon the presence or absence of a feature. In each case, it is necessary to determine whether the essential characteristics of a security agreement are present. This involves answering the question: does the transaction involve the contractual recognition or creation of an interest in the personal property of one person that secures an obligation owing to another person? . . . The "interest" involved must be a real right in personal property in the sense that it is exercisable against not only the obligor but also against third parties with subsequent interests in the property. [pp. 85-86]

Professor Goode makes a similar comment in this respect (at para. 1-17):

> Even where the creditor is to be given rights in respect of an asset, it is necessary to distinguish real rights from personal rights. . . . [A] security interest is a right in rem and in principle the secured creditor is entitled to remove the asset from the general body of creditors.

[92] The common law concept of security interest therefore corresponds, in civil law terms, not to a personal right, but to a real right. In short, although no single expression is used at common law, what can be seen is that the right holder has a right in the property itself, as opposed to a right to compel a person to perform an obligation, which is the essence of a personal right. Thus, the "real right" concept is common to the two legal traditions.

[91] De plus, tout comme l'expression *interest in property* peut être considérée comme similaire à plusieurs égards au terme « droit réel », la notion de *real right* est reconnue comme un élément essentiel à la reconnaissance d'un *security interest* en ce qui concerne les sûretés mobilières en common law. Il est maintenant bien établi qu'une approche fonctionnelle est adoptée dans les provinces de common law et que la forme ne détermine pas si une sûreté a ou non été créée. Il n'en demeure pas moins que le fondement d'un *security interest* demeure un droit réel. Les professeurs Cuming, Walsh et Wood expriment clairement cette idée :

> [TRADUCTION] La suppression de la forme comme condition de l'existence d'une sûreté exige que l'on examine de près certains types d'opération qui, de prime abord, paraissent échapper à l'application des lois sur les sûretés mobilières, mais qui peuvent conférer à la fois des intérêts (droits) assujettis et d'autres non assujettis, selon qu'une caractéristique existe ou non. Il faut déterminer dans chaque cas si les caractéristiques essentielles d'une sûreté sont présentes. La question est donc de savoir si l'opération comporte la reconnaissance ou la création contractuelles d'un « intérêt » sur le bien personnel d'une personne qui garantit l'exécution d'une obligation envers une autre personne. [. . .] L'« intérêt » en question doit être un droit réel sur un bien personnel en ce qu'il peut être exercé non seulement contre le débiteur, mais aussi contre un tiers acquérant subséquemment un intérêt sur le bien. [p. 85-86]

De même, le professeur Goode dit ceci (par. 1-17) :

> [TRADUCTION] Même lorsque le créancier obtient un droit à l'égard d'un bien, il faut distinguer le droit réel du droit personnel. [. . .] [U]ne sûreté (*security interest*) est un droit sur la chose, et le créancier ainsi garanti peut en principe soustraire le bien à l'ensemble des créanciers.

[92] La notion de *security interest* en common law correspond donc, non pas à un droit personnel, mais plutôt à un droit réel. Bref, bien que la common law n'utilise pas une expression unique, le sens qui se dégage est l'emprise du détenteur du droit sur le bien lui-même par opposition au droit de réclamer d'une personne l'exécution d'une obligation qui est le propre d'un droit personnel. Le droit réel est donc une notion commune aux deux

This concept is also inherent, and literally so, in the English expression "interest in property" and the French expression "*droit sur un bien*" used in s. 224(1.3).

[93] The "real right" concept is also inherent in the mechanisms listed in s. 224(1.3). From the perspective of the civil law, the list in that provision includes forms of security formerly provided for in the *Civil Code of Lower Canada* and certain special statutes, such as the *Act respecting the special powers of legal persons*, R.S.Q., c. P-16, that have been consolidated in the *Civil Code of Québec* in the concept of the hypothec; the forms of security in question conferred real rights on creditors. Some of the mechanisms set out in the list in s. 224(1.3) *ITA* warrant comment.

[94] For instance, the term "assignment" refers to an assignment by way of security, not an absolute assignment (*Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 22; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, at para. 39). In the *Civil Code of Québec*, an assignment by way of security takes the form of a movable hypothec (J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), by P.-G. Jobin with the collaboration of N. Vézina, at No. 942).

[95] As for the trust, it is true that, in civil law, property is transferred in trust to a patrimony by appropriation (art. 1261 *C.C.Q.*). However, the transferred right is in the "property" (art. 1260 *C.C.Q.*). Moreover, a creditor who is a beneficiary of a security trust is not an ordinary creditor; the beneficiary's right may be characterized as a hybrid or *sui generis* right and has some of the characteristics of a real right (R. A. Macdonald, "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives", in *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce* (1997), Meredith Lectures, 155, at pp. 203-4; J. B. Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust* (2005), at pp. 553-55; J. E. C. Brierley, "Title Six: Certain Patrimonies by Appropriation — Articles 1256-1298", in *Reform of the Civil Code* (1993), vol. 1-B, at p. 17). And

traditions juridiques. Cette notion de droit réel ressort également, de façon littérale, de l'expression française « droit sur un bien » et de l'expression anglaise « *interest in property* » utilisées au par. 224(1.3).

[93] La notion de droit réel ressort également des mécanismes énumérés au par. 224(1.3). Considérée sous l'angle du droit civil, l'énumération figurant dans cette disposition comprend des formes de garanties qui, reconnues auparavant par le *Code civil du Bas-Canada* et certaines lois spéciales telle la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, L.R.Q., ch. P-16, ont été regroupées dans le *Code civil du Québec* sous la notion d'hypothèque. Ces garanties conféraient au créancier un droit réel. Certains des mécanismes mentionnés dans l'énumération du par. 224(1.3) *LIR* appellent des commentaires.

[94] Par exemple, le terme « cession » s'entend d'une cession en garantie et non d'une cession absolue (*Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, par. 22; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, par. 39). Dans le *Code civil du Québec*, une cession en garantie prend la forme d'une hypothèque mobilière (J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6e éd. 2005), par P.-G. Jobin avec la collaboration de N. Vézina, nº 942).

[95] Pour ce qui est de la fiducie, il est vrai qu'en droit civil, par ce mécanisme, le bien est transmis à un patrimoine d'affectation (art. 1261 *C.c.Q.*). Cependant, le droit transféré porte sur le « bien » (art. 1260 *C.c.Q.*). De plus, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'est pas un créancier ordinaire, le droit qui lui est conféré peut être qualifié de droit mixte ou *sui generis* et revêt certaines caractéristiques du droit réel (R. A. Macdonald, « The Security Trust : Origins, Principles and Perspectives », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain* (1997), Conférence Meredith, 155, p. 203-204; J. B. Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust* (2005), p. 553-555; J. E. C. Brierley, « Titre sixième : De certains patrimoines d'affectation — Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code*

it should be noted that a legislature may expressly include, in a technical definition of a term, mechanisms that do not fall within the usual definition of the term.

[96] The same reasoning applies to the mechanisms listed in the provision if they are viewed from a common law perspective. Some of them (mortgage, trust, assignment) transfer legal or equitable title to the secured creditor. Others, such as the pledge or the charge, are comparable to the civil law's hypothec, with or without delivery. As for the lien, it may take a number of forms: it is akin sometimes to a pledge, where it includes a right to sell the property (Goode, at para. 1-49), and sometimes to a legal mortgage, where it is non-possessory. Finally, "encumbrance" is a very broad term that is defined in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as "[a]ny right to, or interest in, land which may subsist in another to diminution of its value" (p. 527). Although this term can refer to an easement, it should be noted that where its use to refer to a form of security is concerned, the examples given are usually the mortgage, the lien and the trust (D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (3rd ed. 2004), at p. 408). Thus, the mechanisms mentioned above give the creditor a right that can be characterized as a "real right" within the shared meaning of this expression in the two legal traditions.

[97] The debenture is the only item in the list in s. 224(1.3) *ITA* that does not create a real right. However, it is a special case. The debenture has historically been central to secured lending transactions (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2nd ed. 2001), at pp. 387-89 and 815-20; B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* (2nd ed. 1995), at p. 250; *The Dictionary of Canadian Law*, at pp. 318-19; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3rd ed. 2004), at p. 162). Ordinarily, a debenture is issued and secured in a single instrument. One such instrument was considered by this Court in *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 125. The following comment by P. L. Davies helps clarify the scope of the mechanism to which the

civil (1993), t. 1, 735, p. 767). D'ailleurs, un législateur peut inclure expressément dans la définition technique d'un terme des mécanismes qui ne font pas partie de la définition habituelle de celui-ci.

[96] Le même raisonnement s'applique aux mécanismes énumérés dans la disposition, mais vus cette fois sous l'angle de la common law. Certains (*mortgage, trust, assignment*) ont pour effet de transférer le titre en common law ou en equity au créancier garanti. D'autres comme le *pledge* ou le *charge* s'apparentent à l'hypothèque de droit civil, avec ou sans dépossession. Le *lien* peut quant à lui prendre plusieurs formes et s'apparente parfois au *pledge* lorsqu'il inclut le droit de vendre le bien (Goode, par. 1-49), parfois à l'hypothèque légale lorsqu'il est non possessoire. Finalement, *encumbrance* est un terme très large, qui est défini dans le *Black's Law Dictionary* (6e éd. 1990), comme [TRADUCTION] « [u]n droit ou un intérêt pouvant grever un bien-fonds au bénéfice d'autrui et en diminuer la valeur » (p. 527). Bien que ce mot puisse correspondre à une servitude, il importe de signaler que, lorsqu'il est utilisé pour désigner une garantie, les exemples généralement donnés sont *mortgage*, *lien* et *trust* (D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (3e éd. 2004), p. 408). Les mécanismes mentionnés ci-dessus confèrent donc au créancier un droit qu'on peut qualifier de réel ou de « *real right* », suivant le sens commun de ces expressions dans les deux traditions juridiques.

[97] Dans l'énumération figurant au par. 224(1.3) *LIR*, seules les débentures ne créent pas de droit réel. Ce cas est cependant particulier. Les débentures ont historiquement été au centre d'opérations d'emprunts garantis (L. Payette, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec* (2e éd. 2001), p. 387-389 et 815-820; B. A. Garner, *A Dictionary of Modern Legal Usage* (2e éd. 1995), p. 250; et *The Dictionary of Canadian Law*, p. 318-319; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3e éd. 2004), p. 162). Le plus souvent, la débenture est émise et garantie au sein d'un même instrument. Un tel instrument a d'ailleurs été examiné par notre Cour dans *Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd.*, [1984] 2 R.C.S. 125. Pour cerner la portée du mécanisme visé par l'expression « débenture » au

term "debenture" as used in s. 224(1.3) *ITA* applies: "The expression 'debenture' is applied indiscriminately to the instrument creating or evidencing the indebtedness and to the debt itself and the bundle of rights vested in the holder to secure its payment" (*Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (7th ed. 2003), at p. 809). The debenture is also mentioned in s. 2(a) of Ontario's *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, as an example of a transaction that creates a security interest. Cuming, Walsh and Wood explain this as follows: ". . . it can be assumed that, in this context, the term refers to a corporate obligatio[n] secured by some form of security agreement in personal property" (p. 62, n. 21). In short, even though a debenture can be seen, in a technical sense, as merely a debt obligation (P. Martel, *Business Corporations in Canada* (2005), at pp. 32-14 and 32-15), the term "debenture" must be interpreted in its commercial and historical context, and its inclusion in the list in s. 224(1.3) *ITA* leads to the conclusion that Parliament intended to include the types of security that are most frequently used to grant real rights in property.

[98] In my opinion, since compensation has not been included in the list, the Caisse's right can constitute a security interest only if it entails a real right. To limit the concept of security interest in s. 224(1.3) *ITA* to rights that are real in nature is consistent both with the shared meaning of the terms ("security interest" and "*garantie*") used in the two versions of the provision and with Parliament's purpose of giving the deemed trust priority over the security interests referred to in s. 224(1.3) *ITA*: *First Vancouver Finance*.

[99] It must now be determined whether compensation is a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*.

6. Right to Compensation and Security Interest

[100] Before determining whether compensation is a "security interest" as that term is defined in

par. 224(1.3) *LIR*, il est utile de se reporter au commentaire suivant de P. L. Davies : [TRADUCTION] « Le terme "débenture" s'entend indifféremment de l'instrument qui crée ou qui constate la dette, de la dette elle-même et de l'ensemble des droits conférés au titulaire pour garantir le paiement » (*Gower and Davies' Principles of Modern Company Law* (7e éd. 2003), p. 809). La débenture est également mentionnée comme exemple d'opération créant un *security interest* à l'al. 2a) de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.10. Les auteurs Cuming, Walsh et Wood expliquent ainsi sa présence : [TRADUCTION] « . . . on peut supposer, dans ce contexte, que le terme vise l'obligation d'une personne morale garantie par une sûreté sur un bien personnel » (p. 62, n. 21). En somme, même si, sur le plan technique, la débenture peut être vue comme un simple titre de créance (P. Martel, *Business Corporations in Canada* (2005), p. 32-14 et 32-15), il faut interpréter ce terme eu égard à son contexte commercial et historique et conclure que son inclusion dans l'énumération du par. 224(1.3) *LIR* indique l'intention du Parlement d'englober les types de garanties le plus souvent utilisées pour conférer un droit réel sur un bien.

[98] À mon avis, vu l'absence du mécanisme de la compensation dans l'énumération, pour être en mesure de conclure que le droit de la Caisse constitue une garantie (« *security interest* »), il faut que celui-ci comporte un droit réel. Le fait de limiter la portée de la notion de garantie au par. 224(1.3) *LIR* aux droits qui ont un caractère réel correspond au sens commun des deux versions de la disposition (« garantie » et « *security interest* »), en plus d'être compatible avec l'objectif du Parlement qui est de donner à la fiducie réputée priorité sur les garanties visées au par. 224(1.3) *LIR* : *First Vancouver Finance*.

[99] Il faut maintenant se demander si la compensation constitue une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*.

6. Droit de compensation et garantie

[100] Pour déterminer si la compensation constitue une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*, il

s. 224(1.3) *ITA*, I must mention that many Quebec commentators have characterized compensation as a *form* or *type* of "*garantie*". It is important to note their use of the French term "*garantie*", which, as I mentioned above, has a less precise meaning than "security interest". Thus, Baudouin, Jobin and Vézina state, at No. 1035, that compensation [TRANSLATION] "serves as a *garantie* by making it possible to avert the risks of debtor insolvency". In their view, compensation gives [TRANSLATION] "ordinary creditors a measure of priority in not requiring them to compete with other creditors" (see also: D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2006), at No. 2672; V. Karim, *Les obligations* (2nd ed. 2002), vol. 2, arts. 1497 à 1707 C.c.Q., at pp. 749-50; J. Pineau, D. Burman and S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4th ed. 2001), at p. 612). Moreover, compensation is a mechanism for extinguishing obligations that operates differently depending on the context in which it is effected: A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), at p. 299.

[101] These observations, although relevant to a description of compensation and its effects, do not support a conclusion that compensation is a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. Although compensation may have the same effect as a security interest, care must be taken not to refer to the flexible sense that can be derived only from the French term "*garantie*". For the purposes of s. 224(1.3) *ITA*, it is not enough that compensation offers protection similar to that of a security interest: it must also confer an "interest in property", that is, a real right.

[102] Although it is true that compensation can be likened to a security interest, it cannot be equated with one in the sense that the term "security interest" must be given in the context of s. 224(1.3) *ITA*. Where compensation may be effected between two debts, the effect is clearly analogous to that of a "security interest" in the broad sense of the term; nevertheless, compensation or set-off is not regarded, in the positive law of either Quebec or the common law provinces, as having

convient d'entrée de jeu de souligner que de nombreux commentateurs québécois ont associé la compensation à une *forme* ou à une *sorte* de garantie. Il est important de noter ici l'utilisation de l'expression française « garantie » qui, comme nous l'avons vu précédemment, a un sens moins précis que celle de *security interest*. Ainsi, pour Baudouin, Jobin et Vézina, à la p. 1053, la compensation « sert de garantie en permettant d'éviter les risques d'insolvabilité du débiteur ». Pour eux, la compensation accorde « une certaine priorité à un créancier ordinaire, en ne l'obligeant pas au concours avec les autres créanciers » (voir aussi : D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2006), p. 1548; V. Karim, *Les obligations* (2e éd. 2002), vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q., p. 749-750; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations* (4e éd. 2001), p. 612). Par ailleurs, la compensation demeure un mécanisme d'extinction des obligations qui agit différemment selon le contexte dans lequel il est appelé à jouer : A. Bélanger, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois* (2004), p. 299.

[101] Bien que pertinentes pour décrire le mécanisme de la compensation et ses effets, ces observations ne permettent pas de conclure que cette opération constitue un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. En effet, bien que la compensation puisse avoir l'effet d'une garantie, il faut se garder de se reporter à l'acception malléable de cette notion qui peut être dégagée uniquement de la version française. Pour l'application du par. 224(1.3) *LIR*, il ne suffit pas que la compensation procure une protection semblable à une « garantie », encore faut-il qu'elle confère un « droit sur un bien », un droit réel.

[102] Quoique je reconnaisse qu'un rapprochement puisse être fait entre la compensation et une « garantie », il n'y a pas équivalence avec le sens qui doit être donné à cette notion dans le contexte du par. 224(1.3) *LIR*. S'il est certain que, lorsque deux créances sont susceptibles de compensation, l'effet est analogue à celui d'une garantie au sens large, il demeure tout de même que le droit positif québécois et des provinces de common law ne reconnaît pas à la compensation les caractéristiques d'un

the characteristics of a real right. The automatic extinction of mutual debts is an effect of compensation, but it does not constitute the enforcement of a real right in the property in question. Since compensation is not specifically mentioned in the definition of "security interest" in s. 224(1.3) *ITA*, I find that it is not a security interest for the purposes of that provision.

[103] Guy Duboc, a French author, suggests in *La compensation et les droits des tiers* (1989), at pp. 244-47, Nos. 360-64, that compensation agreements should be recognized as pledge agreements that are subject to the same conditions and have the same effects as a pledge. But he is alone in his opinion, and he himself acknowledges that his position is a bold one. In my view, this position cannot be incorporated into Quebec law, especially in light of the consolidation of all forms of security that took place in the course of the reform of the *Civil Code of Québec*. Rather, it must be concluded that the provisions on compensation, located as they are in the chapter on the extinction of obligations, do not support the argument that compensation is a pledge that would be considered a hypothec under the *Civil Code of Québec*. To reach the same conclusion as Duboc would be contrary to the objective pursued by the codifiers in 1991 of consolidating the various forms of security.

[104] There is another reason why I would place compensation, or set-off, outside the ambit of s. 224(1.3) *ITA*. The term "security interest" used in the English version is one that is used extensively in the common law provinces in, specifically, the context of personal property security law. For example, it is defined as follows in the English version of Ontario's *Personal Property Security Act*:

> "security interest" means an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation, and includes . . . .

As can be seen, this definition is very similar to the one in the English version of s. 224(1.3) *ITA*:

> "security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

droit réel. L'extinction automatique des dettes réciproques est un effet de la compensation, mais elle ne constitue pas la mise en œuvre d'un droit réel sur le bien concerné. Vu l'absence de mention expresse de ce mécanisme dans la définition de « garantie » au par. 224(1.3) *LIR*, je considère qu'il ne constitue pas une garantie au sens de cette disposition.

[103] Suivant un auteur français, Guy Duboc, *La compensation et les droits des tiers* (1989), p. 244-247, n^os^ 360-364, les conventions de compensation devraient être reconnues comme des conventions de gage, auxquelles s'appliqueraient les mêmes conditions et les mêmes effets que le gage. Cet auteur fait cependant cavalier seul et reconnaît lui-même l'audace de sa thèse. À mon avis, cette thèse ne saurait être intégrée au droit québécois, surtout au regard du regroupement de toutes les sûretés effectué lors de la réforme du *Code civil du Québec*. Il faut plutôt conclure que, du fait de leur classement dans le chapitre portant sur l'extinction des obligations, les dispositions sur la compensation ne permettent pas d'affirmer que ce mécanisme constitue un gage qui serait reconnu dans le *Code civil du Québec* comme une hypothèque. En effet, conclure comme le fait Duboc irait à l'encontre de l'objectif d'unification que poursuivait le codificateur en 1991 à l'égard des sûretés.

[104] Un motif additionnel m'incite à écarter le mécanisme de la compensation du champ d'application du par. 224(1.3) *LIR*. J'ai mentionné plus tôt que la version anglaise utilise l'expression *security interest*. Or, cette expression est largement utilisée dans les provinces de common law, plus particulièrement dans le contexte des sûretés mobilières. Par exemple, la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario définit ainsi l'expression *security interest* dans la version anglaise :

> "security interest" means an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation, and includes . . .

On remarquera que cette définition est très semblable à celle du texte anglais du par. 224(1.3) *LIR* :

> "security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

and includes an interest created by or arising out of . . . .

[105] Furthermore, in most of the common law provinces, the French versions of this provision do not raise the same problems as the French version of the federal provision (see, for example, in addition to the Ontario statute, those of New Brunswick (*Personal Property Security Act*, S.N.B. 1993, c. P-7.1) and Manitoba (*Personal Property Security Act*, C.C.S.M., c. P35)). In the Ontario statute, the French version reads as follows:

« sûreté » Intérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation, notamment les intérêts suivants . . . .

Thus, the term "security interest" is rendered as "*sûreté*" in the Ontario statute, as opposed to "*garantie*" — a word that requires interpretation because of its vagueness — in the federal statute.

[106] All the personal property security statutes of the common law provinces include broad, functional definitions of "security interest" (see, for example, s. 1 ("security interest") of Ontario's *Personal Property Security Act* and s. 1 ("security interest") of New Brunswick's *Personal Property Security Act*). Despite this liberal approach, all these statutes — except that of Ontario — give priority to contractual rights that arise before an assignment to another creditor is known. The Ontario statute was to the same effect until 2006; since then, it has provided that the right arises as of the time the debt becomes payable. The new Ontario provision does not appear to have been considered by the courts. However, regardless of when such rights arise, they are always dealt with separately from security interests (e.g., Ontario's *Personal Property Security Act*, s. 40; New Brunswick's *Personal Property Security Act*, s. 41; all other such statutes have virtually identical provisions), which shows that the legislatures did not consider set-off to be included in the concept of "security interest". In the only case in which the most common wording of the provisions creating this type of right has been interpreted,

and includes an interest created by or arising out of . . .

[105] Par ailleurs, je remarque que dans la plupart des lois des provinces de common law, la version française de cette disposition ne soulève pas les mêmes difficultés que la version française de la loi fédérale (par exemple, outre la loi ontarienne, voir celles du Nouveau-Brunswick (*Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, L.N.-B. 1993, ch. P-7.1) et du Manitoba (*Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels*, C.P.L.M., ch. P35)). La disposition de la loi ontarienne est rédigée ainsi :

« sûreté » Intérêt sur des biens meubles qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation, notamment les intérêts suivants . . .

On constate que l'expression *security interest* est rendue par le mot « sûreté » dans la loi ontarienne, plutôt que par le terme « garantie » utilisé dans la loi fédérale, terme qui nécessite une interprétation en raison de son caractère imprécis.

[106] Or, les lois sur les sûretés mobilières des provinces de common law comportent toutes des définitions larges et fonctionnelles de la notion de « sûreté » (voir par exemple l'art. 1 (« sûreté ») de la *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, et l'art. 1 (« sûreté ») de la *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick). Malgré cette approche libérale, toutes ces lois — sauf celle de l'Ontario — donnent priorité aux droits contractuels nés avant la connaissance d'une cession à un autre créancier. En ce qui a trait à la loi ontarienne, elle était au même effet jusqu'en 2006, date à laquelle la cristallisation du droit a été fixée au moment où la dette devient payable. La nouvelle disposition ontarienne ne paraît pas avoir été examinée par les tribunaux. Cependant, peu importe le moment de la cristallisation, ces droits sont toujours traités de façon distincte de la notion de *security interest* (p. ex. : *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario, art. 40; *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* du Nouveau-Brunswick, art. 41, toutes les autres lois sont pratiquement identiques), ce qui montre que les législateurs ne considéraient pas que le *set-off* était couvert par la définition de « sûreté ». Dans

518718 Alberta Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd., 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371, the Alberta Court of Queen's Bench held that a creditor with a contractual right of set-off has priority over an assignee provided that the creditor's right arises before the assignment (paras. 54, 55 and 63) (in that case, the result was altered on the basis of estoppel, but estoppel is not in issue in the case at bar).

[107] A conclusion that compensation is a "security interest" as that term is defined in the federal statute would therefore conflict with the meaning given to the term in the provincial personal property security statutes, which exclude set-off. Such an interpretation would also be inconsistent with the common law concept of "set-off", on which numerous business transactions are based. Cuming, Walsh and Wood express the following opinion (at p. 87):

Set-off, whether contractual or procedural, does not involve a security interest because neither party to the set-off acquires a property interest.

Professor Goode adds the following, at para. 1-19:

A right of set-off, even if given by contract, is a purely personal right to set one claim against another. The party asserting it never acquires rights in the other's monetary claim at all; he merely asserts a countervailing claim which operates in pro tanto extinction of his monetary liability. It follows that a contractual set-off does not create a security interest.

P. Wood expresses the same opinion in *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2nd ed. 2007), at para. 1-008:

Although set-off has a similar commercial effect to a security interest, set-off is not a security interest in that the creditor does not grant the debtor a property interest over the creditor's property in the debt owed to the creditor to secure the cross-claim owed by the creditor to the debtor, eg a depositor does not grant a property

la seule affaire où le libellé le plus courant des dispositions qui créent ce type de droit a été interprété, *518718 Alberta Ltd. c. Canadian Forest Products Ltd.*, 1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que le créancier bénéficiant d'un droit à la compensation contractuelle a priorité sur un cessionnaire dans la mesure où son droit naît avant la cession (par. 54, 55 et 63) (dans cette affaire, en raison de la préclusion, le résultat a été modifié, argument qui n'est pas pertinent pour notre propos).

[107] Conclure que la compensation constitue un *security interest* aux termes de la loi fédérale irait donc à l'encontre du sens donné à ce terme dans les lois provinciales sur les sûretés mobilières, lequel exclut la compensation. Cette interprétation irait aussi à l'encontre de la notion de *set-off* en common law, sur laquelle reposent de nombreuses opérations commerciales. Ainsi, Cuming, Walsh et Wood sont d'avis que (p. 87) :

[TRADUCTION] La compensation d'origine contractuelle ou procédurale ne confère pas de sûreté (*security interest*), car aucune des parties n'acquiert de droit sur le bien.

De même, le professeur Goode écrit ceci, au par. 1-19 :

[TRADUCTION] Le droit de compensation, même lorsqu'il est accordé par contrat, est un droit purement personnel de compenser sa dette et une autre. La partie qui l'exerce n'acquiert jamais de droit sur la créance de l'autre partie : elle opère simplement compensation jusqu'à l'extinction de l'obligation pécuniaire de l'autre partie. La compensation conventionnelle ne crée donc pas de garantie.

P. Wood, dans *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems* (2e éd. 2007), est du même avis (par. 1-008) :

[TRADUCTION] Malgré son effet commercial analogue, le droit de compensation n'est pas une sûreté (*security interest*) parce que le créancier n'accorde pas au débiteur un droit de propriété sur sa propre créance pour garantir le paiement de la dette qu'il a envers lui. Par exemple, un déposant ne cède pas à la banque le droit

right over the depositor's ownership of the deposit claim back to the bank to secure a loan owed by the depositor to the bank. Nor is set-off a right of retention like a lien because the bank does not retain the coins or notes of the depositor: the property in the benefit of the deposit account is held by the depositor and the bank has no property to retain.

Hence a right of set-off would not normally conflict with negative pledges typical of unsecured bank loan agreements whereby the borrower agrees not to create security over its assets. Negative pledges which widen the concept to include transactions similar to security interests should also not prohibit set-offs since a security interest and related title finance transactions (sale and leaseback, factoring, sale and repurchase) usually involve property transfers, but set-off is not a property transfer. A negative pledge which prohibited set-off would effectively prevent the debtor from becoming reciprocally indebted to a counterparty — impracticable in the normal case.

Professor Grant Gilmore, one of the US architects of Article 9 of the Uniform Commercial Code, when requested to exclude set-off from the definition of security interests, remarked, "One might as well exclude fandancing". Nevertheless he reluctantly gave in: Article 9 does not apply to "a right of recoupment or set-off": see s. 9-109(d)(10). In New Zealand the equivalent Personal Property Security Act does not apply to a right of set-off, netting or combination of accounts: see s. 23(c).

[108] Although I will be discussing the reasons of Rothstein J. below, I wish at this point to draw attention to one aspect of his reasoning. He relies on an excerpt from S. R. Derham's book *The Law of Set-Off* (3rd ed. 2003) to conclude that if the parties intended to create a security interest, that interest must be covered by the definition in s. 224(1.3) *ITA*. With respect, the following statement by Derham must be borne in mind: ". . . the predominant view is that a set-off agreement is not a charge" (para. 16.80). Thus, it must be understood that the passages cited by my colleague are part of a discussion of arguments in support of an unconventional

au paiement de la somme déposée en garantie d'un prêt qu'elle lui consent. Le droit de compensation n'est pas non plus un droit de rétention comme celui que confère le privilège, car la banque ne conserve pas les espèces déposées, la propriété du compte de dépôt demeurant celle du déposant et la banque ne disposant d'aucun bien pouvant être retenu.

Par conséquent, le droit de compensation n'est habituellement pas incompatible avec l'engagement à ne pas faire que prévoit généralement le contrat de prêt bancaire non garanti dans lequel l'emprunteur s'engage à ne grever ses éléments d'actif d'aucune sûreté. L'engagement à ne pas faire, qui est suffisamment large pour englober l'opération apparentée à une sûreté (*security interest*), ne devrait pas non plus écarter la compensation, car la sûreté (*security interest*) et l'opération connexe de financement avec incidence sur le droit de propriété (vente et cession-bail, affacturage, vente et rachat) comporte habituellement le transfert d'un bien, alors que la compensation n'en suppose aucun. L'engagement à ne pas faire qui écarterait la compensation empêcherait la réciprocité des obligations du débiteur et de l'autre partie — ce qui est normalement impossible.

Lorsqu'on a demandé au professeur Grant Gilmore — l'un des concepteurs de l'article 9 du Uniform Commercial Code américain — d'exclure le droit de compensation de la définition de *security interest*, il a rétorqué : [TRADUCTION] « On pourrait aussi bien exclure les mécanismes les plus farfelus ». Il a toutefois cédé à contrecœur, de sorte que l'article 9 ne s'applique pas au [TRADUCTION] « droit de recouvrement ou de compensation » : al. 9-109d)(10). En Nouvelle-Zélande, la Personal Property Security Act — l'équivalent du code — ne s'applique pas au droit de compensation, y compris le « *netting* » et la combinaison des comptes : voir l'al. 23c).

[108] Bien que je commente plus loin l'opinion du juge Rothstein, je tiens dès maintenant à attirer l'attention sur un aspect de son raisonnement. S'appuyant sur un extrait de l'ouvrage de S. R. Derham, *The Law of Set-Off* (3e éd. 2003), il conclut que si l'intention des parties est de créer un *security interest*, il faut en déduire qu'il s'agit d'un droit couvert par le par. 224(1.3) *LIR*. Avec égards pour l'opinion exprimée par mon collègue, il y a lieu de rappeler que, selon Derham, [TRADUCTION] « la thèse prédominante veut que la convention de compensation ne constitue pas une charge » (par. 16.80). Les passages cités par mon collègue doivent

approach. As with my rejection of Duboc's novel interpretation of French law, I find that it would not really be appropriate to incorporate into federal law a concept that is not recognized at common law and is totally unknown in civil law. In my view, it is very dangerous to assert that a real right in property can result from the parties' intention without basing that assertion on a mechanism known to the law.

[109] This review of the academic commentaries thus leads me to conclude that, under the common law as it now stands, set-off is excluded from the field of personal property security. The fact that a legal mechanism enables a creditor to obtain an effect similar to that of a "security interest" in the generic sense of the term does not make that mechanism a security interest.

[110] Despite the arguments presented in all courts, my colleague Rothstein J. considers that the question to be answered is not whether compensation is a security interest. Rather, in his view, the issue is whether the agreement created a "security interest" as defined in s. 224(1.3) *ITA*. He concludes that such an interest did in fact result from the juxtaposition of certain rights of the Caisse and obligations of Camvrac.

[111] As Rothstein J. sees it, compensation is merely a remedy (para. 30). The undertakings that gave rise to an "interest in property" as defined in s. 224(1.3) *ITA* were those relating to the term for repayment of the deposit amount, the obligation to maintain the deposit, the right to withhold and the limits on transferring, negotiating and hypothecating the deposit (para. 30). Rothstein J. does not concern himself with whether those rights, either individually or collectively, created a real right. Yet even though he does not expressly accept that a security interest entails a real right, he considers that, in the case at bar, the Caisse held a movable hypothec with delivery in accordance with the reasoning of the majority in *Caisse populaire*

donc être replacés dans le contexte d'une réflexion sur les arguments qui favoriseraient une approche différente de celle qui a cours généralement. Tout comme j'ai écarté l'interprétation originale de Duboc en droit français, j'estime qu'il serait difficilement acceptable d'incorporer à la loi fédérale une notion qui n'est pas reconnue en common law et qui est totalement étrangère au droit civil. Il est, à mon avis, tout à fait hasardeux d'affirmer qu'un droit réel dans un bien peut résulter de l'intention des parties sans prendre appui sur un mécanisme reconnu en droit.

[109] Par conséquent, cette revue de la doctrine m'amène à conclure que, dans l'état actuel du droit, la common law exclut la compensation du champ des sûretés mobilières. Le fait qu'un mécanisme juridique permette à un créancier d'obtenir un effet semblable à celui d'une garantie au sens générique de ce terme ne fait pas de ce mécanisme un *security interest*.

[110] Malgré les arguments présentés devant toutes les instances, mon collègue le juge Rothstein est d'avis que la question qu'il faut trancher n'est pas de savoir si la compensation est un *security interest*. Selon lui, il s'agit plutôt de déterminer si l'entente a conféré un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Il conclut que la juxtaposition de certains droits de la Caisse et obligations de Camvrac ont cet effet.

[111] Selon cette approche, la compensation ne serait qu'une réparation (par. 30). Les engagements qui constitueraient un *interest in property* au sens du par. 224(1.3) *LIR* seraient les suivants : le terme fixé pour le remboursement du dépôt, l'obligation de maintenir le dépôt, le droit de retenue et la limite à la possibilité de céder, négocier et hypothéquer le dépôt (par. 30). Le juge Rothstein ne cherche pas à déterminer si ces droits constituent, individuellement ou collectivement, un droit réel. Cependant, même si mon collègue n'accepte pas formellement qu'un *security interest* implique un droit réel, il estime que la Caisse bénéficiait en l'espèce d'une hypothèque mobilière avec dépossession selon le raisonnement tenu par la majorité dans *Caisse*

Desjardins de Val-Brillant v. Blouin, 2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666. For several reasons, I cannot accept my colleague's interpretation of the "security interest" concept or his recourse to the hypothec to conclude that the deemed trust had priority. I will discuss my objections under two heads.

Novel Approach to the "Security Interest" Concept

[112] I must say that Rothstein J.'s approach to the "security interest" concept is a novel one. He states that he agrees that the shared meaning lies in the English version, which implies that the English term corresponds to a legally recognized common concept. As I mentioned above, there is no federal common law. To identify the purpose Parliament was pursuing when it chose the "security interest" concept, it is necessary to refer to the common law, which is provincial law. The analysis cannot therefore disregard provincial law. However, the effect of my colleague's interpretation is to expand the "security interest" concept beyond its accepted scope in Canadian commercial law. Since his approach does not correspond at all to the shared meaning, its effect is to disregard both the principles applicable to the interpretation of bilingual legislation and those applicable to the harmonization of federal law and provincial law.

[113] Rothstein J. concludes on the basis of inchoate accessory rights that an interest in property — or, in other words, a "security interest" as defined in s. 224(1.3) LIR — was created (at para. 30):

> It was the five-year term and the maintenance and retention of the $200,000 deposit, as well as Camvrac's agreement not to transfer or negotiate the deposit and that the deposit could only be used as security with the Caisse, that created the Caisse's interest in Camvrac's property for the purposes of s. 224(1.3) *ITA*.

What my colleague overlooks in his analysis is the fact that under s. 224(1.3) *ITA*, the interest in the

populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin, 2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666. Pour plusieurs raisons, je ne puis accepter son interprétation de la notion de *security interest* et son recours à l'hypothèque pour conclure à la priorité de la fiducie réputée. Je vais regrouper mes objections sous deux rubriques.

Approche nouvelle à l'égard de la notion de « security interest »

[112] Je dois dire que l'approche retenue par le juge Rothstein à l'égard de la notion de *security interest* est nouvelle. Il dit accepter que le sens commun se trouve dans la version anglaise. Cela implique que l'utilisation de cette expression correspond à un concept commun reconnu en droit. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il n'existe pas de common law fédérale. Pour dégager le but recherché par le Parlement lorsqu'il choisit le concept de *security interest*, il faut se reporter à la common law, qui est le droit provincial. On ne saurait donc faire abstraction du droit provincial dans l'analyse. L'interprétation de mon collègue a pourtant pour effet d'élargir la portée de la notion de *security interest* bien au-delà de ce qui est reconnu en droit commercial canadien. Comme son approche ne correspond nullement au sens commun, elle a pour effet de mettre de côté tant les principes d'interprétation des lois bilingues que ceux qui guident l'harmonisation du droit fédéral et des droits provinciaux.

[113] Le juge Rothstein se fonde sur des droits accessoires incomplets pour conclure qu'un *interest in property* a été conféré, en d'autres mots un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR* (par. 30) :

> C'est le terme de cinq ans, le maintien du dépôt et la retenue de la somme de 200 000 $, ainsi que l'engagement de Camvrac de ne pas transférer ou négocier le dépôt et le fait que la somme ne pouvait servir de garantie que vis-à-vis de la Caisse qui ont fait naître le droit de la Caisse sur un bien de Camvrac pour les besoins du par. 224(1.3) *LIR*.

Ce qu'omet mon collègue dans son analyse est que, selon le par. 224(1.3) *LIR*, l'intérêt dans le bien

property must make it possible to realize on the security. To simply find that an interest in property exists without regard for the context is not sufficient.

[114] At common law, a security interest typically entails three fundamental rights: (1) the right to realize on property given as security; (2) a right to priority with respect to the proceeds of realization; and (3) the right to follow the property in the hands of a third party to whom it has been transferred (Cuming, Walsh and Wood, at p. 1). None of the rights mentioned by Rothstein J. enable the person concerned to appropriate the property. Thus, neither the term for repayment, nor the obligation to maintain, nor the right to withhold, nor the limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate would enable the Caisse to realize on the deposit or appropriate the deposit amount to ensure performance of the secured obligation. I cannot imagine that Parliament intended the provision to apply to any mechanism other than the one known at common law that makes it possible to appropriate the property to which the security interest relates. What must be done under s. 224(1.3) *ITA* is to identify a *security* interest, not a simple interest.

[115] Although my colleague does not include compensation in the above list in support of his conclusion that an interest in property was created, he does ultimately refer to it, describing it as a remedy. What I conclude from this is that he does not see compensation as an interest in property and that according to his interpretation only the rights he mentions create such an interest. I believe that a few comments about each of these rights will be helpful here.

[116] Regardless of what standpoint is taken in reviewing the Caisse's obligation with respect to the term, the clause establishing the term cannot be viewed as stipulating anything other than a deadline for repayment of the deposit. It is well established that in the context of a banking contract, to deposit an amount in a financial institution is to make a loan. The financial institution becomes the owner of the loaned amount and must return it with the interest agreed on (art. 2330 *C.C.Q.*).

doit permettre la réalisation de la sûreté. Un intérêt décontextualisé à l'égard d'un bien ne suffit pas.

[114] En common law, un *security interest* confère typiquement trois droits fondamentaux : (1) le droit de réalisation de la sûreté sur le bien donné en garantie; (2) un droit de préférence sur le produit de réalisation; (3) le droit de suivre le bien dans les mains d'un tiers à qui il a pu être transféré (Cuming, Walsh, Wood, p. 1). Aucun des droits mentionnés par le juge Rothstein ne permet à l'intéressé de s'approprier le bien. En effet, ni le terme fixé pour le remboursement, ni l'obligation de maintien, ni le droit de retenue, ni la limite au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier ne permettent à la Caisse de réaliser le dépôt ou de se l'approprier pour satisfaire l'obligation garantie. Je ne peux concevoir que le législateur fédéral ait voulu couvrir quelqu'autre mécanisme que celui, connu en common law, qui permet l'appropriation du bien faisant l'objet du droit. Selon le par. 224(1.3) *LIR*, il faut identifier un *security interest* et non pas simplement un *interest*.

[115] Même si, dans l'énumération citée ci-dessus, mon collègue n'a pas recours à la compensation pour conclure à la constitution d'un *interest in property*, il s'y reporte éventuellement pour la décrire comme une réparation. J'en conclus que, à son avis, la compensation ne constitue pas un *interest in property* et que seuls les droits mentionnés confèrent, selon son interprétation, un tel intérêt. J'estime utile de faire quelques commentaires concernant chacun de ces droits.

[116] Quel que soit l'angle sous lequel on examine l'obligation de la Caisse quant au terme, cette clause ne peut être considérée autrement que comme un délai fixé pour le remboursement du dépôt. Il est reconnu que, dans le contexte du contrat bancaire, le dépôt d'une somme auprès d'une institution financière constitue un prêt. L'institution devient propriétaire de la somme prêtée à charge de la rendre avec les intérêts convenus (art. 2330 *C.c.Q.*). Il s'agit en quelque sorte d'un simple prêt (art. 2329

The transaction is, in a word, a simple loan (art. 2329 *C.C.Q.*). The clause that establishes the term merely fixes the time when the loaned amount is to be returned. Camvrac's relationship with the Caisse with respect to the deposit was merely one of creditor and debtor that entailed only a right to be repaid upon expiry of the term. The establishment of a term did not alter the nature of the legal relationship between the Caisse and Camvrac. The right was not a real right, but a simple personal right.

[117] The same analysis applies to the covenants to which Camvrac agreed, those relating to Camvrac's claim against the Caisse. The undertakings to maintain the deposit and not to transfer, negotiate or hypothecate the claim conferred on the Caisse no right in the claim Camvrac had against it. In the event of default, these rights would be of no assistance unless they were violated, in which case they might give rise to an action for failure to perform the contract. All these rights were personal rights, not real rights. The right to withhold warrants more specific comment.

[118] In considering the meaning to be given to the expressions "*droit de retenue*" and "*droit de rétention*" and the nature of the right that has been created, the context is essential. In civil law, there is one concept known as the "*droit de rétention*" (under, for example, arts. 875, 974, 1250 and 2543 *C.C.Q.*), which is a right to retain corporeal property, and another known as the "*droit de retenue*", or right to deduct (see arts. 2111, para. 2 and 2123 *C.C.Q.*). The right to deduct is different from the right to retain: it applies to an amount of money, not to corporeal property. There is therefore no right to follow. Also, the creditor's claim does not have priority. The right to deduct has none of the characteristics on the basis of which a right to retain can be likened to a real right.

[119] In the instant case, in the agreement to give savings as security, the following appears as the title of clause 1: "*Droit de rétention et de compensation*" ("Right to withholding and compensation" in the English version of the Caisse's standard form

C.c.Q.). La clause établissant le terme ne fait que fixer le moment de la remise de la somme prêtée. Dans ses rapports avec la Caisse, pour ce qui est du dépôt, Camvrac n'a qu'une relation de créancier à débiteur, qu'un droit au remboursement à terme. Le fait qu'un terme soit fixé ne modifie pas la nature de la relation juridique entre la Caisse et Camvrac. Il ne s'agit pas d'un droit réel, mais d'un simple droit personnel.

[117] Les engagements de faire ou de ne pas faire de Camvrac peuvent être analysés de la même façon. Ils portent sur le droit de créance que Camvrac peut faire valoir contre la Caisse. Les engagements à maintenir et à ne pas céder, négocier ou hypothéquer la créance ne confèrent à la Caisse aucun droit sur la créance que Camvrac peut exercer contre elle. En cas de défaut, ces droits ne seraient d'aucune utilité si ce n'est que, si enfreints, ils pourraient donner ouverture à un recours pour inexécution de contrat. Dans tous les cas, il s'agit de droits personnels et non de droits réels. Le droit de retenue requiert quelques commentaires plus précis.

[118] Le contexte est essentiel pour déterminer le sens à donner aux expressions « droit de retenue/droit de rétention » ainsi que la nature du droit conféré. Le droit civil reconnaît le droit de rétention d'un bien corporel (p. ex. aux art. 875, 974, 1250 et 2543 *C.c.Q.*), et le droit de retenue (voir art. 2111, al. 2, 2123 *C.c.Q.*). Le droit de retenue est différent du droit de rétention : il s'exerce sur une somme d'argent et non sur un bien corporel. Il n'est donc pas question de droit de suite. De plus, aucune priorité n'est accordée au créancier qui en bénéficie. Le droit de retenue ne comporte aucune des caractéristiques permettant de faire un rapprochement entre un droit de rétention et un droit réel.

[119] En l'espèce, la convention de mise en garantie d'épargne comporte, comme l'indique l'intitulé de la clause 1, l'inscription suivante : Droit de rétention et de compensation. Dans la description des obligations, on y précise que le déposant

contract). Regarding obligations, the agreement provides that the depositor "consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) . . . mentioned below, of the amount of . . .", and that "[t]he Caisse may withhold the sums . . . in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled". Despite the use of the expression "*droit de rétention*" in the title of the clause, the purpose of the right is to deduct an amount of money and not to retain corporeal property, which means that it is a "*droit de retenue*", not a "*droit de rétention*" within the meaning of the *Civil Code of Québec*.

[120] This right to deduct could be of no help to the Caisse during the term of the deposit, as the Caisse was not required to return the deposited amount until the term expired, and this stipulation afforded it no additional protection. Since clause 11 of the term savings agreement provided that the term would be renewed automatically in the absence of notice to the contrary, the Caisse would be able to exercise the right to deduct only if Camvrac gave notice that it would not be renewing the term. Such notice could be given not later than seven days after the term expired. If a notice of non-renewal were received, it would then be open to the Caisse to request repayment under clause 5 of the variable credit contract. In such circumstances, compensation could be effected by operation of law upon the expiry of the term, and the right to deduct and the obligation to maintain the deposit would be irrelevant. If, however, the Caisse did not immediately cancel the line of credit when the term of the deposit expired owing to the non-renewal, Camvrac would be precluded from requesting repayment because of its undertaking to maintain the amount in a deposit and the Caisse's right to deduct the amount. The Caisse would then retain the power to cancel the line of credit at any time, at its discretion, in order to effect legal compensation or, in the case of default, conventional compensation. These scenarios show that the Caisse's right to deduct and Camvrac's obligation to maintain were mechanisms provided for in the agreement to ensure that legal or conventional compensation could be effected. They conferred no separate right to realize on the claim and, moreover, were of residual application.

« consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes [. . .] mentionnés ci-après, la somme de . . . », et aussi que « La caisse pourra retenir les sommes [. . .] dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée ». En dépit du vocable « droit de rétention » employé à l'intitulé de la clause, comme l'objet du droit consiste à retenir une somme d'argent et non un bien corporel, nous sommes ici en présence d'un droit de retenue et non d'un droit de rétention au sens où l'entend le *Code civil du Québec*.

[120] Le droit de retenue ne peut être utile à la Caisse pendant le terme du dépôt. En effet, la Caisse n'a pas à remettre la somme déposée avant l'échéance du terme et ne bénéficie alors d'aucune protection additionnelle du fait de cette stipulation. Étant donné que, conformément à la clause 11 de la convention d'épargne à terme, le terme est renouvelé automatiquement si aucun avis n'est donné, le droit de retenue n'est utile que si Camvrac a donné un avis de non-renouvellement. Un tel avis peut être donné au plus tard sept jours suivant l'échéance du dépôt. Sur réception de cet avis, la Caisse a alors le loisir de demander le remboursement conformément à la clause 5 de la Convention de crédit variable. Dans cette situation, la compensation légale peut s'opérer de plein droit à l'échéance du terme, et le droit de retenue ainsi que l'obligation de maintien n'ont aucun rôle à jouer. Cependant, si la Caisse n'annulait pas immédiatement l'ouverture de crédit alors que le dépôt est échu pour cause de non-renouvellement, Camvrac serait empêchée de demander le remboursement de cette somme en raison de son engagement à la maintenir en dépôt et du droit de la Caisse de la retenir. La Caisse conserverait alors le pouvoir d'annuler en tout temps, à sa discrétion, l'ouverture de crédit de façon à provoquer la compensation légale ou, en cas de défaut, d'opérer compensation conventionnelle. Ces hypothèses démontrent que le droit de retenue de la Caisse et l'obligation de maintien de Camvrac sont des mécanismes prévus par la convention qui permettent d'assurer l'efficacité de la compensation légale ou conventionnelle. Ils ne confèrent aucun droit autonome permettant de réaliser la créance et, au surplus, ils sont d'application résiduelle.

[121] The most important thing to bear in mind is that none of the clauses on which Rothstein J. relies created a real right or an interest in property ("security interest" as defined in s. 224(1.3) *ITA*). A term is a deadline for repayment. The right to deduct is simply the right of a creditor not to perform an obligation to pay as long as a debt is owed to him or her. It is, in a way, an extension granted for repayment. As for the obligation to maintain, it is clearly an undertaking by one person to another to perform an obligation. The limit on the right to transfer, hypothecate or negotiate constitutes an obligation "not to do".

[122] Thus, I cannot see how these rights, whether considered in isolation or as a whole, might constitute a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. None of them provides a basis for using the property to ensure performance of the obligation, and none of them constitutes an interest in property that secures performance of an obligation.

[123] As Professors Cuming, Walsh and Wood point out, the elimination of form as a determinant of the creation of a security does not mean that every contractual undertaking can be regarded as security on personal property. The limits on which Rothstein J. relies can be compared with those applicable to flawed assets. According to the technique of flawed assets, property such as a bank deposit is subject to limits on withdrawal until the depositor has repaid his or her debt to the bank. It is well established that this technique does not create a security interest. Professor Goode explains this as follows (at para. 1-21):

> [The technique of flawed assets] does not of itself constitute a security, for the bank acquires no rights over the deposit, merely a right to withhold repayment.

[124] Cuming, Walsh and Wood also cite examples of undertakings pursuant to which creditors are given interests in property that cannot be characterized as security interests. One of them, the

[121] L'élément le plus important à signaler est qu'aucune des clauses sur lesquelles se fonde le juge Rothstein ne crée de droit réel ou de *interest in property* (*security interest*) au sens du par. 224(1.3) *LIR*). Le terme est un délai établi pour le remboursement. Le droit de retenue est simplement le droit d'un créancier de ne pas exécuter son obligation de payer tant qu'une dette lui est due. Il s'agit, en quelque sorte, d'un délai additionnel accordé pour le paiement. Quant à l'obligation de maintenir, il s'agit clairement de l'engagement d'une personne envers une autre à exécuter une obligation. La limite au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier constitue une obligation de ne pas faire.

[122] Je ne peux donc concevoir que, pris isolément ou considérés dans leur ensemble, ces droits puissent constituer un *security interest* au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Aucun ne permet d'utiliser le bien pour l'exécution de l'obligation et aucun ne constitue un droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation.

[123] Comme le signalent les professeurs Cuming, Walsh et Wood, il ne découle pas de l'élimination du formalisme comme facteur déterminant dans la constitution des sûretés que n'importe quel engagement contractuel peut être considéré comme une sûreté mobilière. On peut comparer les limites sur lesquelles le juge Rothstein se fonde à celles qui régissent les biens réservés (« *flawed assets* »). Selon cette technique, un bien — par exemple un dépôt bancaire — est sujet à des limites quant à son retrait, jusqu'à ce que le déposant ait remboursé sa dette à la banque. Il est reconnu que cette technique ne crée pas de « *security interest* ». Le professeur Goode donne l'explication suivante (par. 1-21) :

> [TRADUCTION] [La technique des biens réservés] ne constitue pas en soi une sûreté (*security interest*), car la banque n'obtient pas de droits sur le dépôt, seulement le droit de retenir la somme.

[124] Les professeurs Cuming, Walsh et Wood donnent aussi des exemples d'engagements conférant au créancier des droits à l'égard d'un bien qui ne sauraient être qualifiés de *security interest*. Un

covenant not to dispose of or encumber property, is of interest, as it is analogous to one of the undertakings on which Rothstein J. relies:

> A "negative pledge" clause or negative covenant in a loan agreement under which the borrower covenants not to encumber or dispose of some or all of her personal property until the loan is repaid does not create a security interest since, standing alone, the covenant does not create an interest in the property of the borrower. A negative pledge clause in a security agreement cannot prevent the covenantor from giving another effective security interest in the collateral. [p. 86]

Adding one or more personal rights does not result in the creation of a real right, which, as we saw above, Cuming, Walsh and Wood consider essential to the creation of a security interest. If Rothstein J.'s conclusion that a contractual undertaking creates an interest in the property is based on the functional approach, a further issue that will arise is how the negative pledge — whether or not in combination with another personal right such as the right to compensation — is now to be characterized.

[125] Therefore, in my view, not only is Rothstein J.'s analysis of the expression "interest in property" or "*droit sur un bien*" unacceptable in that it disregards the fact that the principal purpose of a security interest must be to permit the property given as security to be realized, but it cannot be reconciled with the characterization of techniques similar to those adopted in the case at bar that do not create security interests.

Granting of a Movable Hypothec on a Claim With Delivery

[126] I also wish to comment on the argument that a hypothec was granted on the basis of the reasoning followed in *Val-Brillant*. First of all, I would point out that no evidence was adduced concerning a hypothec and that no submissions were made in this respect either before the prothonotary or in the Federal Court or the Federal Court of Appeal. I

de ces exemples, l'engagement à ne pas céder ou hypothéquer, est intéressant, parce qu'il est analogue à l'un des engagements invoqués par le juge Rothstein :

> [TRADUCTION] Dans un contrat de prêt, la clause de « sûreté négative » ou l'engagement de ne pas faire par lequel l'emprunteur s'engage à ne pas grever ses biens mobiliers d'une charge ni les aliéner, en totalité ou en partie, avant le remboursement du prêt, ne fait pas naître de sûreté puisque, à lui seul, l'engagement ne confère pas de droit sur le bien de l'emprunteur. Dans une convention conférant une sûreté, une clause de sûreté négative ne peut empêcher l'auteur de l'engagement de consentir à un tiers une sûreté opposable sur un bien. [p. 86]

L'ajout d'un ou de plusieurs droits personnels n'a pas pour effet de créer un droit réel, élément essentiel d'un *security interest* selon ces auteurs, comme on l'a vu plus tôt. Si c'est l'approche fonctionnelle qui permet au juge Rothstein de conclure que les engagements contractuels confèrent un droit dans le bien, il faudra alors voir comment sera dorénavant qualifié le *negative pledge*, accompagné ou non d'un autre droit personnel, telle la compensation.

[125] Par conséquent, je suis d'avis que, non seulement l'analyse que fait le juge Rothstein de l'expression *interest in property* ou « droit sur un bien » souffre de ce qu'elle ne tient pas compte du fait que l'utilité première d'un *security interest* doit être de permettre la réalisation du bien donné en garantie, mais qu'elle n'est pas non plus conciliable avec la qualification donnée aux techniques similaires à celles adoptées en l'espèce — ces techniques ne constituent pas des *security interests*.

Constitution d'une hypothèque mobilière de créance avec dépossession

[126] Je tiens aussi à commenter l'argument suivant lequel une hypothèque aurait été constituée suivant le raisonnement appliqué dans l'arrêt *Val-Brillant*. D'entrée de jeu, je souligne qu'aucune preuve n'a été faite concernant une hypothèque et qu'aucun argument n'a été soulevé à ce sujet, que ce soit devant la protonotaire, la Cour fédérale ou

find this argument somewhat surprising in view of the fact that the parties neither produced evidence nor made submissions with respect to it. It will also be necessary to place *Val-Brillant* in context and to comment briefly on the use of the hypothec to confirm that the Caisse's right is subject to the deemed trust.

[127] In *Val-Brillant*, the issue was whether a non-negotiable certificate of deposit could be the object of a pledge (art. 2702 *C.C.Q.*). There were two opposing theories, of "materialization" or "dematerialization" of the pledge: Payette, at pp. 380-91; P. Ciotola and A. Leduc, "Arrêt *Val-Brillant*: évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois?", in S. Normand, ed., *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial* (2006), at p. 361. The majority accepted the theory of dematerialization and held that there could be a pledge on a non-negotiable instrument. Gonthier J., writing for the majority, concluded that effective control of a non-negotiable instrument for the purposes of arts. 2702 and 2703 *C.C.Q.* could be gained by means of the assignment of claims mechanism referred to in art. 2710 *C.C.Q.*

[128] The commentators have criticized the view that a movable hypothec with delivery can be granted in the manner described in *Val-Brillant*: Ciotola and Leduc; D. Pratte, "L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante", in *Mélanges offerts au professeur François Frenette: études portant sur le droit patrimonial*, at p. 421.

[129] Article 2702 *C.C.Q.* was amended on January 1, 2009. The *Civil Code of Québec* now explicitly provides that physical delivery of the property or instrument is essential for a pledge to be granted. This amendment to the *Civil Code of Québec* is a clarification made by the legislature in response to *Val-Brillant* (see: Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, June 11, 2008, 1st Sess., 38th Leg., vol. 40, No. 46, at p. 1, Bill 47, *Securities and Other Financial Assets Transfer Act*;

la Cour d'appel fédérale. Un tel argument me surprend un peu vu l'absence de preuve et d'arguments des parties à cet égard. Par ailleurs, il convient de replacer l'arrêt mentionné ci-dessus dans son contexte et de faire quelques commentaires au sujet de l'utilisation de l'hypothèque pour confirmer l'assujettissement du droit de la Caisse à la fiducie réputée.

[127] Dans l'affaire *Val-Brillant*, la question était de savoir si un certificat de dépôt non négociable pouvait faire l'objet d'un gage (art. 2702 *C.c.Q.*). Deux thèses s'opposaient, la matérialisation du gage et sa dématérialisation : Payette, p. 380-391; P. Ciotola et A. Leduc, « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », dans S. Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial* (2006), p. 361. En acceptant la thèse de la dématérialisation du gage, la majorité a jugé que le gage pouvait porter sur un titre non négociable. Le juge Gonthier, qui s'exprimait pour la majorité, a conclu que la maîtrise effective d'un titre non négociable aux termes des art. 2702 et 2703 *C.c.Q.* pouvait être acquise par le mécanisme de la cession de créances auquel renvoie l'art. 2710 *C.c.Q.*

[128] La constitution d'une hypothèque mobilière avec dépossession suivant les modalités énoncées dans l'arrêt *Val-Brillant* a été critiquée par la doctrine : Ciotola et Leduc; D. Pratte, « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, p. 421.

[129] Le texte de l'art. 2702 *C.c.Q.* a été modifié le 1er janvier 2009. Le *Code civil du Québec* mentionne maintenant explicitement que la remise matérielle du bien ou du titre est essentielle à la constitution du gage. Cette modification du *Code civil du Québec* est une précision apportée par le législateur à la suite de l'arrêt *Val-Brillant* (voir : Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, 11 juin 2008, 1re sess., 38e lég., vol. 40, no 46, p. 1, Projet de loi no 47, *Loi sur le transfert de*

M. Deschamps, "Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières", lecture delivered on March 19, 2009 to the Chaire du notariat of the Université de Montréal, at p. 4, note 12 (online: www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf.). It is now clear that the instrument that is delivered must confer effective control over the claim without recourse being had to the assignment of claim mechanism as suggested by Gonthier J. By specifying that *physical* delivery is required, the legislature has indicated that the theory of materialization of the pledge has been accepted: the instrument must therefore be negotiable. The only exception to this requirement that the instrument be negotiable relates to certain securities (art. 2714.7 *C.C.Q.*). At the same time, in response to a concern expressed by the majority in *Val-Brillant*, the *Regulation respecting the register of personal and movable real rights* was amended to enable individuals who do not operate enterprises to hypothecate incorporeal property and claims — including claims represented by non-negotiable instruments — without delivery: O.C. 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, at p. 17A; art. 2683 *C.C.Q.* This amounts to a relaxation of the conditions under which an individual can grant a hypothec without delivery. As for a deposit, such as the one in the case at bar, it cannot be the object of a pledge.

[130] Having said this, I have difficulty understanding how the hypothec fits into the reasoning that leads Rothstein J. to conclude that the rights granted to the Caisse created a security interest. Two interpretations are possible. Does my colleague conclude that the respondent's right has priority over the Caisse's right solely because of the control exercised over the claim by means of the term, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the rights to transfer, hypothecate and negotiate? Or is his conclusion based on the idea that in addition to those rights, Camvrac had granted a right to compensation that resulted in a hypothec? If the first interpretation is correct, the argument based on the hypothec is irrelevant. If the second is correct, the right to compensation becomes determinative even though my

valeurs mobilières et d'autres actifs financiers; M. Deschamps, « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal, p. 4, note 12 (en ligne : www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf). Il est clair désormais que le titre remis doit conférer la maîtrise effective sur la créance sans avoir recours au mécanisme de la cession de créance, comme le suggérait le juge Gonthier. En précisant qu'il doit y avoir remise *matérielle*, le législateur a indiqué que la thèse de la matérialisation du gage était retenue : le titre doit donc être négociable. Cette exigence de négociabilité du titre ne souffre qu'une seule exception visant certaines valeurs mobilières (art. 2714.7 *C.c.Q.*). Par la même occasion, et pour répondre à une préoccupation exprimée par la majorité dans *Val-Brillant*, le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* a été modifié de façon à permettre aux particuliers n'exploitant pas une entreprise d'hypothéquer sans dépossession des biens incorporels et des créances, notamment des créances représentées par des titres non négociables: décret 30-2009, (2009) 141 G.O. 2A, p. 23A; art. 2683 *C.c.Q.* Il s'agit d'un assouplissement des conditions permettant aux particuliers de consentir une hypothèque sans dépossession. En ce qui a trait aux dépôts, comme en l'espèce, ils ne peuvent pas faire l'objet d'un gage.

[130] Cela dit, je saisis mal le rôle du recours à l'hypothèque dans le raisonnement appliqué par le juge Rothstein pour conclure que les droits conférés à la Caisse constituent un *security interest*. Deux interprétations sont possibles. Est-ce que mon collègue conclut que le droit de l'intimée a priorité sur celui de la Caisse du seul fait du contrôle exercé sur la créance en raison du terme, de l'obligation de maintien, du droit de rétention et des limites assortissant les droits de céder, d'hypothéquer et de négocier? Ou s'appuie-t-il sur le fait que, en plus de ces droits, Camvrac aurait accordé droit de compensation qui permettrait la réalisation d'une hypothèque? Si l'on retient la première interprétation, l'argument reposant sur l'hypothèque n'est pas utile. Si l'on retient la deuxième, le droit de compensation devient déterminant, mais

colleague does not include it among the sources of an interest in property. If Rothstein J.'s conclusion that the deemed trust has priority is based on the hypothec, his reasoning clashes with the clarification made by the Quebec legislature.

[131] Furthermore, I cannot accept the Court's recourse to an argument that has been raised neither by the Caisse nor by the respondent. As I mentioned above, the agreement to give savings as security provided for the granting of a hypothec, a right to withhold and a right to compensation, but only the right to compensation was raised and argued. The Caisse was not limited in the choice of rights it could exercise. If, for example, in addition to the hypothec and the right to compensation, the claim had been secured by another personal right, such as by suretyship, the respondent could not have claimed from the Caisse the amount received from the surety. It would have been clear that the Caisse was free to choose which right it would exercise. Thus, it could have chosen to exercise its right to compensation, or it could also — independently of the hypothec also provided for in the contract — have availed itself of the suretyship if such a right were provided for in the contract. The *Civil Code of Québec* provides, on the one hand, for compensation and, on the other hand, for hypothecs on claims. These two mechanisms must not, in my opinion, be confused. The reasons for the parties' choice may be based in fact. In my view, the question is not merely one of law. In all fairness to the parties, therefore, I do not consider it appropriate at this point to intervene in the "judicial contract" to alter the bases of the appeal before the Court.

[132] I therefore find, with respect, that as regards the term, the obligation to maintain, the right to withhold and the limits on the right to transfer, hypothecate or negotiate, all that have been created are personal obligations. Furthermore, since the parties did not raise the hypothec in this Court, I do not think that we can base our conclusion on an argument in respect of which no evidence was adduced and that does not correspond to the law. The appellant chose to exercise its right to

par ailleurs mon collègue ne l'inclut pas dans les éléments constituant le « *interest in property* ». Dans la mesure où l'hypothèque constitue l'assise de la conclusion du juge Rothstein concernant la priorité de la fiducie réputée, son raisonnement se heurte à la clarification apportée par le législateur québécois.

[131] Par ailleurs, je ne peux accepter l'utilisation par la Cour d'un argument qui n'a été ni invoqué par la Caisse ni soulevé par l'intimée. Rappelons que le contrat de mise en garantie d'épargne prévoyait la constitution d'une hypothèque, d'un droit de rétention et du droit de compensation, mais que seul le droit de compensation a été plaidé et débattu. La Caisse n'était pas limitée dans le choix des droits qu'elle pouvait exercer. Par exemple, si, en plus de l'hypothèque et du droit de compensation, la créance avait été garantie par un autre droit personnel, tel un cautionnement, l'intimée n'aurait pas pu réclamer à la Caisse le montant reçu de la caution. Il aurait été clair que le choix du droit à exercer était laissé à la Caisse. En l'espèce, cette dernière pouvait choisir d'exercer son droit de compensation, tout comme elle aurait pu se prévaloir du cautionnement si ce droit avait été prévu au contrat, et ce, indépendamment de l'hypothèque aussi prévue au contrat. Le *Code civil du Québec* prévoit, d'une part, la compensation et, d'autre part, l'hypothèque sur les créances. Il ne faut pas, je crois, confondre les deux. Des motifs factuels expliquent peut-être le choix des parties. À mon avis, il ne s'agit pas d'un pur argument de droit. En toute justice pour les parties, je ne crois donc pas qu'il soit approprié, à ce stade, d'intervenir à l'égard du « contrat judiciaire » et de modifier les bases du pourvoi dont la Cour est saisie.

[132] Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime par conséquent que, pour ce qui concerne le terme, l'obligation de maintien, le droit de retenue et les limites au droit de céder, d'hypothéquer ou de négocier, seules des obligations personnelles ont été créées. De plus, comme les parties n'ont pas invoqué l'hypothèque devant nous, nous ne pouvons pas selon moi fonder la conclusion sur un argument qui n'a fait l'objet d'aucune preuve et qui ne correspond pas à l'état du droit. L'appelante a choisi d'exercer

compensation, and that is the right that must be considered.

[133] As a result, I conclude that the appellant is correct in arguing that compensation is not a "security interest" as that term is defined in s. 224(1.3) *ITA*. To accept the Caisse's first argument is not to dispose of the appeal, however. Despite my finding that the Federal Court of Appeal erred in holding that the respondent had priority on the basis that the Caisse, in effecting compensation, had created a security interest for itself, the case is not yet closed. It must still be determined whether the right to compensation may be set up against the respondent, who, as a result of the deemed trust, not only has a priority over secured creditors — as the term "secured creditor" is defined in s. 224(1.3) *ITA* — but also has a right in the tax debtor's property. To do this, it must be asked whether the respondent may exercise its right in respect of both the amounts that had not been remitted at the time the right to compensation was granted to the Caisse and those that were not remitted after that time. As I mentioned above, by September 25, 2000, the date the compensation agreement was signed, Camvrac had already failed to remit some amounts that had been deducted from its employees' salaries. Those amounts totalled approximately $5,000.

7. Possibility of Setting up the Compensation Agreement Against the Respondent

[134] I do not think it necessary to explain at length why, prior to the expiry of the term of the deposit, the Caisse's right was not a right to legal compensation. The Caisse's right cannot be dissociated from the contract in which it was granted, if only because one of the conditions for legal compensation was not met: Camvrac's debt was not exigible, because repayment of the deposit amount was not due until October 2005. It will therefore be necessary to refer to the agreements between Camvrac and the Caisse.

[135] The *Civil Code of Québec* does not mention conventional compensation. However, there is nothing that prohibits it. In fact, conventional compensation is merely the arrangement by contract of the

son droit de compensation et c'est ce droit qu'il importe d'étudier.

[133] J'en conclus donc que l'appelante a raison de prétendre que le mécanisme de la compensation ne constitue pas une garantie au sens du par. 224(1.3) *LIR*. Une réponse favorable au premier argument de la Caisse ne permet cependant pas de trancher le débat. En effet, même si la Cour d'appel fédérale a eu tort de conclure que l'intimée avait priorité parce que la compensation constituait une garantie en faveur de la Caisse, le débat n'est pas clos pour autant. En effet, il reste à décider si le droit de compensation est opposable à l'intimée, laquelle, grâce à la fiducie réputée, bénéficie non seulement d'une priorité sur les créanciers garantis au sens du par. 224(1.3) *LIR*, mais aussi d'un droit sur les biens du débiteur fiscal. À ce sujet, il sera pertinent de déterminer si le droit de l'intimée peut être exercé tant pour les remises non effectuées au moment où le droit de compensation a été accordé à la Caisse que pour celles qui n'ont pas été faites par la suite. On se souviendra qu'au 25 septembre 2000, moment où la convention de compensation a été signée, Camvrac avait déjà fait défaut de remettre certaines sommes retenues sur les salaires de ses employés. Ces sommes s'élevaient à environ 5 000 $.

7. L'opposabilité de la convention de compensation

[134] Je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'expliquer longuement que, avant l'échéance du terme du dépôt, le droit de la Caisse ne constitue pas un droit de compensation légale. En effet, le droit de la Caisse ne peut pas être dissocié du contrat qui le confère, ne serait-ce que parce qu'une des conditions de la compensation légale était absente : la créance de Camvrac n'était pas exigible, car le dépôt n'était remboursable qu'en octobre 2005. Il faut donc se reporter aux conventions liant Camvrac à la Caisse.

[135] Le *Code civil du Québec* ne traite pas de la compensation contractuelle. Rien ne la prohibe cependant. En fait, la compensation contractuelle n'est qu'un aménagement conventionnel du

mechanism provided for in the Code. Furthermore, commentators have long recognized the validity of compensation agreements (see: Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 1057; Lluelles and Moore, at No. 2701).

[136] The issue in the case at bar is whether the Caisse may set up its compensation agreement against the respondent. The respondent's right is provided for in s. 227(4.1) *ITA*. If I exclude the portions relating to the priority over secured claims, which I have already discussed, the respondent's right in Camvrac's property is set out as follows:

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed . . . to hold the amount separate and apart from the property of the person . . . in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(4.1) . . . where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(*a*) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty . . . and

(*b*) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld . . . .

[137] The statutory mechanism transfers the tax debtor's property to a trust. In *First Vancouver Finance*, the Court likened this mechanism to a floating charge over all the tax debtor's assets up to the amount due, in that the trust does not attach to any specific property and allows the tax debtor's business to be carried on as usual.

[138] All forms of security — including what was formerly referred to as a floating charge — are now consolidated in the Civil Code in a single

mécanisme prévu au Code. La doctrine reconnaît d'ailleurs depuis longtemps la validité des conventions de compensation (voir : Baudouin, Jobin et Vézina, n^{o} 1057; Lluelles et Moore, n^{o} 2701).

[136] La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la convention de compensation dont bénéficie la Caisse est opposable à l'intimée. Le droit de cette dernière est décrit au par. 227(4.1) *LIR*. Si j'exclus les passages qui concernent la priorité sur les créances garanties dont j'ai déjà traité ci-dessus, le droit de l'intimée sur les biens de Camvrac est formulé comme suit :

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée [. . .] le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens [. . .] et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) . . . en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne . . .

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu . . .

[137] Le mécanisme législatif opère un transfert en fiducie des biens du débiteur fiscal. Dans l'arrêt *First Vancouver Finance*, la Cour a fait un rapprochement avec une charge flottante grevant, jusqu'à concurrence de la somme due, l'ensemble des éléments d'actifs du débiteur fiscal, en ce sens que la fiducie ne s'attache à aucun bien en particulier et les activités normales du débiteur peuvent ainsi se poursuivre.

[138] Toutes les sûretés — y compris celle autrefois désignée sous le vocable de charge flottante — sont maintenant regroupées au sein d'un mécanisme

mechanism, the hypothec. The transfer of property into a trust may also be likened to garnishment, since that is the procedure provided for in s. 224(1) *ITA* to enable the respondent to appropriate amounts owed to the tax debtor that are subject to the deemed trust: *Alberta (Treasury Branches)*. Whether the transfer into a trust is likened to a hypothec, to garnishment or to a simple assignment, the rules remain the same. The *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, provide that the rules governing the assignment of claims apply. The relevant provisions read as follows:

Civil Code of Québec

1680. A debtor who has acquiesced unconditionally in the assignment or hypothecating of claims by his creditor to a third person may not afterwards set up against the third person any compensation that he could have set up against the original creditor before he acquiesced.

An assignment or hypothec in which a debtor has not acquiesced, but which from a certain time may be set up against him, prevents compensation only for debts of the original creditor which come after that time.

Code of Civil Procedure

637. If the affirmative declaration of the garnishee is not contested and does not show the existence of another seizure by garnishment in his hands, the clerk, upon an inscription by either party, orders the garnishee to pay to the seizing creditor the amounts which he owes to the judgment debtor to the extent of the amount of the judgment in capital, interest and costs. To that extent the order of the clerk effects an assignment, in favour of the seizing creditor, of the judgment debtor's claim, from the date of the seizure. Such order must be served on the garnishee and becomes executory 10 days later.

[139] The ability of the debtor of the assigned claim to set up against the assignee any recourse that the debtor may have against the assignor is based on the general rule that the assignee may not have more rights in the assigned claim than the assignor had. This rule is set down in art. 1637 *C.C.Q.*:

1637. A creditor may assign to a third person all or part of a claim or a right of action which he has against his debtor.

unique dans le Code civil, l'hypothèque. Le transfert en fiducie peut également être rapproché de celui de la saisie-arrêt, puisqu'il s'agit de la procédure prévue au par. 224(1) *LIR* pour permettre à l'intimée de s'approprier les créances du débiteur fiscal qui sont sujettes à la fiducie réputée : *Alberta (Treasury Branches)*. Que le transfert en fiducie soit rapproché d'une hypothèque, d'une saisie-arrêt ou d'une simple cession, les règles demeurent les mêmes. Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, prévoient que les règles régissant les cessions de créances sont applicables. Voici le texte de ces dispositions :

Code civil du Québec

1680. Le débiteur qui acquiesce purement et simplement à la cession ou à l'hypothèque de créance consentie par son créancier à un tiers, ne peut plus opposer à ce tiers la compensation qu'il eût pu opposer au créancier originaire avant son acquiescement.

La cession ou l'hypothèque à laquelle le débiteur n'a pas acquiescé, mais qui lui est devenue opposable, n'empêche que la compensation des dettes du créancier originaire qui sont postérieures au moment où la cession ou l'hypothèque lui est ainsi devenue opposable.

Code de procédure civile

637. Si la déclaration affirmative du tiers-saisi n'est pas contestée et qu'elle ne révèle pas l'existence d'une autre saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, le greffier, sur inscription par l'une ou l'autre des parties, ordonne au tiers-saisi de payer au saisissant les sommes qu'il doit au débiteur-saisi, jusqu'à concurrence du montant du jugement, en capital, intérêts et frais. Dans cette mesure, l'ordonnance du greffier opère cession de la créance du saisi en faveur du saisissant, et à compter du jour de la saisie. Cette ordonnance doit être signifiée au tiers-saisi et devient exécutoire 10 jours plus tard.

[139] L'opposabilité au cessionnaire des moyens que le cédé pouvait invoquer découle de la règle générale suivant laquelle le cessionnaire ne saurait posséder plus de droits à l'égard du cédé que ceux dont bénéficiait le cédant. Cette règle est consacrée à l'art. 1637 *C.c.Q.* :

1637. Le créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance ou d'un droit d'action qu'il a contre son débiteur.

He may not, however, make an assignment that is injurious to the rights of the debtor or that renders his obligation more onerous.

[140] This provision is complemented by art. 1643 *C.C.Q.*, which provides that a debtor may rely on a cause of extinction that occurred before an assignment could be set up against him or her. The first paragraph of that article reads as follows:

1643. A debtor may set up against the assignee any payment made to the assignor before the assignment could be set up against him, as well as any other cause of extinction of the obligation that occurred before that time.

[141] The commentators and the courts have accordingly recognized that any defences and any right to refuse to perform (exception for nonperformance) that arose prior to an assignment may be set up against the assignee by a debtor who has not acquiesced in the assignment. The same is true of the extinction of obligations by compensation: Karim, at p. 773; Baudouin, Jobin and Vézina, at No. 962; Lluelles and Moore, at No. 3176; Bélanger, at p. 189.

[142] Furthermore, where the right to compensation arises from an agreement entered into before the assignment became enforceable against the debtor, the debtor's rights under the agreement may be set up against the assignee: *A. L. Green Ltd. v. Michaud*, [1975] C.A. 432, cited with approval in *Banque Royale du Canada v. Béliveau*, [1976] C.A. 539, and *Bandera Investment Co. v. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667 (Sup. Ct.), SOQUIJ AZ-98021774. The above cases concerned claims for rent in respect of which the lessees had a right to deduct or a right to compensation. In each case, because the contractual right to compensation predated the assignment, the exercise of the right was authorized in respect of the period after the assignment. In these circumstances, it was held that the agreements could be set up against the third parties because they had acquired their rights after the compensation agreements were signed. Although the judges did not say so explicitly, it seems clear that this conclusion was based on the premise that art. 1681 *C.C.Q.* did not apply in the circumstances because the assignees had acquired no rights as of

Cette cession ne peut, cependant, porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse.

[140] Cette disposition est complétée par l'art. 1643 *C.c.Q.*, qui précise que le débiteur peut invoquer les causes d'extinction survenues avant que la cession ne lui soit devenue opposable. Le premier paragraphe de cet article est rédigé ainsi :

1643. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout paiement fait au cédant avant que la cession ne lui ait été rendue opposable, ainsi que toute autre cause d'extinction de l'obligation survenue avant ce moment.

[141] Auteurs et tribunaux ont donc reconnu que les moyens de défense et d'inexécution qui existaient avant la cession sont opposables au cessionnaire par un débiteur qui n'a pas acquiescé à la cession. Ceci vaut tout autant pour le mécanisme d'extinction des obligations que constitue la compensation : Karim, p. 773; Baudouin, Jobin et Vézina, n^{o} 962; Lluelles et Moore, n^{o} 3176; Bélanger, p. 189.

[142] Par ailleurs, lorsque le droit à la compensation naît d'une convention conclue avant que la cession ne soit devenue opposable au cédé, les droits découlant de cette convention peuvent être opposés au cessionnaire : *A. L. Green Ltd. c. Michaud*, [1975] C.A. 432, cité avec approbation dans *Banque Royale du Canada c. Béliveau*, [1976] C.A. 539, et *Bandera Investment Co. c. Société immobilière du Québec*, J.E. 98-1667 (C.S.), SOQUIJ AZ-98021774. Dans ces affaires, il s'agissait de créances de loyer assujetties à un droit de retenue ou de compensation en faveur du locataire. Comme le droit conventionnel de compensation était antérieur à la cession, son exercice a été autorisé pour la période postérieure à celle-ci. Dans ces circonstances, les tribunaux ont jugé que la convention pouvait être opposée au tiers concerné, parce qu'il avait acquis son droit après la conclusion de la convention de compensation. Même si les jugements n'en font pas état explicitement, il paraît clair que cette conclusion repose sur la prémisse que l'art. 1681 *C.c.Q.* ne s'appliquait pas dans ces circonstances, étant donné que le cessionnaire n'avait pas de

the time the compensation agreements were signed. Vincent Karim makes the following comment:

[TRANSLATION] However, it will be hard for the creditors of an insolvent party to challenge a compensation agreement entered into at the same time as the contract giving rise to that party's claim, as the creditors will have difficulty proving that the agreement has caused them any prejudice. [p. 750]

[143] The same approach has been adopted for assignments of conditional claims: *Seigneur v. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535 (C.A.); *Banque Nationale du Canada v. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45; and *Banque de Montréal v. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119 (C.A.).

[144] Conventional compensation — or contractual set-off — defies categorization, since it may take as many forms as the contract that provides for it will allow: Derham, at para. 16.85. However, there is no denying that the right to compensation has characteristics in common with such concepts as the conditional obligation, the exception for nonperformance, and even the right to deduct or the right to retain. In *D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564, at paras. 28-29, for example, the Court likened a statutory right to deduct to compensation. Moreover, the right to deduct was one of the very first justifications given in France for holding that the debt actually owed to an assignee was the net amount: Duboc, at p. 169, No. 239, commenting on Ch. civ., May 13, 1833, S. 1833.1.668. While it comes as no surprise that Quebec's rules lead to the same result as the rules of French law, it is interesting to note that common law commentators and courts also acknowledge that the right to set-off may be asserted against third parties.

[145] Where the French rules are concerned, however, it should be noted that allowing compensation to be effected is based on a concept that does not on its own form part of the positive law of Quebec. In France, where there is a sufficient nexus between two debts, compensation may be effected despite

droits acquis lors de la conclusion de la convention de compensation. L'auteur Vincent Karim souligne d'ailleurs ce qui suit :

Cependant, une entente de compensation concomitante à la conclusion du contrat ayant donné naissance à la créance de la partie insolvable, sera difficilement attaquable par les créanciers de celle-ci qui pourront avoir de la difficulté à prouver le préjudice causé par cette entente. [p. 750]

[143] Cette approche est la même que celle adoptée à l'égard de la cession d'une créance conditionnelle : *Seigneur c. Immeubles Beneficial Ltée*, [1994] R.J.Q. 1535 (C.A.); *Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame-du-Lac (Ville)* (1990), 31 Q.A.C. 45, et *Banque de Montréal c. Walsh & Brais Inc.*, [1990] R.L. 119 (C.A.).

[144] La compensation conventionnelle défie toute catégorisation, puisqu'elle peut prendre autant de formes que le permet le contrat dans lequel elle est insérée : Derham, par. 16.85. Il est cependant indéniable que le droit de compensation revêt des caractéristiques communes avec des notions telles que l'obligation conditionnelle, l'exception d'inexécution ou même le droit de retenue ou de rétention. Par exemple, dans *D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564, par. 28-29, la Cour a assimilé un droit de retenue d'origine législative au mécanisme de la compensation. Le droit de retenue est d'ailleurs l'une des toutes premières justifications invoquées en France pour conclure que la dette réellement due à un cessionnaire est le montant net : Duboc, p. 169, n° 239, commentant Ch. civ., 13 mai 1833, S. 1833.1.668. S'il n'est pas étonnant que les règles québécoises permettent d'arriver aux mêmes conclusions que celles du droit français, il est intéressant de constater qu'auteurs et tribunaux de common law reconnaissent eux aussi l'opposabilité aux tiers du droit de compensation.

[145] En ce qui a trait aux règles françaises, il faut cependant souligner que la reconnaissance de l'opposabilité de la compensation repose sur une notion qui ne fait pas partie du droit positif québécois de façon autonome. En France, lorsque deux dettes sont suffisamment connexes, elles peuvent

the assignment of a claim or a collective recovery procedure: D. R. Martin, "Contrats et obligations", *Juris-classeur civil*, arts. 1289 to 1293, fasc. 108 to 111, No. 75. Since a compensation agreement creates a sufficient nexus, the possibility of setting it up is not in dispute (unless the agreement was entered into during a period where solvency was in doubt): Cass. civ., July 13, 1942, J.C.P. 1943.II.2157 (Annot. Houin); Cass. com., June 3, 1997, D. 1998. Jur.61 (Annot. François). (See, however, Cass. com., Dec. 9, 1997, *Bull. civ.* IV, No. 327, and the critique of that decision by A. Honorat, "Redressement et liquidation judiciaires", D. 1998.Somm.325.) Some authors draw a distinction in the case of garnishment by a third party on the basis that the property would no longer be available after the seizure: Didier Martin, "Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires", D. 1987. Chron.229, and Thierry Bonneau, in *Droit bancaire* (7th ed. 2007), at No. 395. Duboc disagrees, however, as do Jean-Louis Rives-Lange and Monique Contamine-Raynaud (*Droit bancaire* (6th ed. 1995)). According to Rives-Lange and Contamine-Raynaud, [TRANSLATION] "[t]here is no reason to decide cases involving collective seizures differently from those involving individual seizures" (p. 183, footnote 6). In Quebec, the French debate over the unavailability of seized property would have to be resolved in favour of the possibility of setting up a compensation agreement entered into before the seizure. As I mentioned above, since art. 637 of the *Code of Civil Procedure* provides that seizure results in assignment of the claim, the principles discussed above concerning the assignment of claims apply to garnishment.

[146] The number of cases in which common law courts have considered contractual set-off is small, but the few reported decisions on this subject have been favourable to the right to rely on set-off agreements. For instance, I have already mentioned *518718 Alberta*, in which the court held that a contractual right of set-off had priority over the assignee's rights. Likewise, the Ontario Court of Appeal held in *Ching v. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432, that the defences available to the debtor on an assigned promissory note, including the right to

être compensées malgré une cession de créance ou une procédure de recouvrement collectif : D. R. Martin, « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111, n° 75. Comme une convention de compensation crée un lien de connexité suffisant, l'opposabilité d'une telle convention (sauf celles conclues en période de solvabilité suspecte) n'est pas controversée : Cass. civ., 13 juillet 1942, J.C.P. 1943.II.2157 (note Houin); Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998.Jur.61 (note François). (Voir cependant l'arrêt Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 327, et la critique de cette décision par A. Honorat, « Redressement et liquidation judiciaires », D. 1998.Somm.325.) Certains auteurs font une nuance lorsqu'un tiers procède à une saisie-arrêt, puisque la saisie rendrait le bien non disponible : Didier Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987.Chron.229, et Thierry Bonneau, *Droit bancaire* (7e éd. 2007), n° 395. Cependant, Duboc ainsi que Jean-Louis Rives-Lange et Monique Contamine-Raynaud (*Droit bancaire* (6e éd. 1995)) sont d'avis contraire. Selon les deux derniers auteurs, « [i]l n'y a aucune raison de décider différemment que la saisie soit collective ou individuelle » (p. 183, renvoi 6). Le débat français sur l'indisponibilité du bien saisi devrait, au Québec, être résolu en faveur des tenants de l'opposabilité de la convention de compensation conclue avant la saisie. En effet, ainsi que je l'ai mentionné précédemment, comme l'art. 637 du *Code de procédure civile* prévoit que la saisie opère cession de créance, les principes dont j'ai discuté plus tôt en matière de cession de créances s'appliquent en matière de saisie-arrêt.

[146] On trouve peu de décisions de tribunaux de common law qui traitent de compensation conventionnelle. Cependant, les quelques décisions publiées sur le sujet sont favorables à la reconnaissance de l'opposabilité d'une telle convention. Par exemple, j'ai déjà mentionné l'affaire *518718 Alberta* dans laquelle la cour a reconnu que le droit de compensation contractuel avait priorité sur les droits du cessionnaire. De même, dans *Ching c. Jeffery* (1885), 12 O.A.R. 432, la Cour d'appel de l'Ontario reconnaissait que le cessionnaire d'un

reduce his or her debt by an amount owed by the assignor, could be raised against the assignee. In *Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] S.C.R. 238, it was held that the debtor had as against the assignee under a factoring agreement the same defence it would have had as against the assignor. Finally, in *Toronto-Dominion Bank v. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311 (Alta. Q.B.), a contractual right to set-off (referred to by the parties as a right to "future set-off") was available against an assignee of security on the basis of cases in which courts had applied the general rule that an assignee cannot have any greater right than the assignor (p. 318).

[147] In sum, at common law, as in Quebec civil law, the rule for asserting contractual rights against third-party assignees is based on the general principles governing obligations. It can be inferred from the decisions cited above that the right to conventional compensation is assessed as of the time the right is granted, not as of the time it is exercised. The protection of third parties, codified in Quebec law in art. 1681 *C.C.Q.*, applies to rights acquired before the compensation agreement was signed. In *Traité de droit civil — Les obligations: les effets du contrat* (1992), No. 602, at p. 589, Professor Jacques Ghestin gives a clear explanation of the effect of the transfer of a claim. His comment clarifies the legal justification for the possibility of setting up a contractual right to compensation against third parties:

> [TRANSLATION] A claim is not only a patrimonial asset, but also a legal relationship. When a claim is alienated, therefore, what is transferred is not just an asset, but also an active contractual situation.
>
> The possibility of setting up a contract whose object is the transfer of a claim thus necessarily has some particularities that are accounted for in positive law on the basis that the contract produces effects in respect of certain third parties.

[148] Thus, where the deemed trust applies to a claim, it attaches to a legal relationship that corresponds to an active contractual situation, which explains why the beneficiary of the trust may assert

billet promissoire devait respecter les moyens dont bénéficiait le débiteur, dont celui de réduire sa dette de la somme due par le cédant. Dans *Canadian Admiral Corp. c. L. F. Dommerich & Co.*, [1964] R.C.S. 238, le bénéficiaire d'un contrat d'affacturage s'est vu imposer l'obligation de respecter les moyens que le débiteur pouvait opposer au cédant. Enfin, dans *Toronto-Dominion Bank c. Block Bros. Contractors Ltd.* (1980), 118 D.L.R. (3d) 311 (B.R. Alb.), le droit de compensation conventionnel (qualifié par les parties de droit de compensation future) a pu être opposé au cessionnaire d'une sûreté sur le fondement d'arrêts qui appliquaient la règle générale suivant laquelle le cessionnaire ne possède pas un droit supérieur à celui du cédant (p. 318).

[147] En somme, en common law, tout comme en droit civil québécois, la règle de l'opposabilité de droits contractuels aux tiers cessionnaires repose sur les principes généraux régissant les obligations. On peut inférer des décisions susmentionnées que le droit de compensation contractuel est évalué au moment où le droit est conféré et non au moment où il est exercé. La protection des tiers, cristallisée en droit québécois à l'art. 1681 *C.c.Q.*, vaut pour les droits acquis avant la conclusion de la convention de compensation. Un commentaire du professeur Jacques Ghestin, *Traité de droit civil — Les obligations : les effets du contrat* (1992), n° 602, p. 589, exprime d'ailleurs bien l'effet des transferts de créances. Il permet de comprendre la justification juridique de l'opposabilité aux tiers d'un droit conventionnel de compensation :

> La créance n'est pas seulement une valeur patrimoniale, c'est également un lien de droit. Lorsqu'on aliène une créance on ne transfère donc pas seulement une valeur mais également une situation contractuelle active.
>
> L'opposabilité des contrats ayant pour objet un transfert de créance présente ainsi nécessairement un certain particularisme que le droit positif prend en considération en admettant qu'ils produisent des effets à l'égard de certains tiers.

[148] Ainsi, dans le cas où la fiducie réputée s'applique à une créance, elle grève un lien de droit qui correspond à une situation contractuelle active, ce qui explique pourquoi le bénéficiaire de la fiducie

only those rights held by the tax debtor at the time the trust became effective.

[149] It will also be helpful to refer back to s. 227(4.1) *ITA* and to review the cases in which the scope of the deemed trust has been considered. Before Parliament clarified the respondent's priority over secured creditors, the courts had held that prior rights could be disregarded only to the extent expressly provided for in the relevant provision. For example, in *Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 699, Martland J. wrote:

> In [s. 5A] the absence of a specific statutory provision to that effect, in my view it should not be construed in a manner which could deprive third parties of their pre-existing property rights. [p. 706]

(See also *Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 1182, at p. 1199.)

[150] This suggests that it is necessary to be cautious in assessing the scope of the deemed trust on the tax debtor's property. When Parliament wished to give the deemed trust more teeth, it took care to give the respondent priority over secured creditors. It did not alter the general rules governing the rights a debtor can assert against its original creditor. In assessing the consequences of that decision, particularly with regard to compensation, one can but find support in an interpretation based on the normally applicable legal rules.

[151] Compensation is used in many business transactions and in the asset accounting of many businesses. M. E. Grottenthaler and P. J. Henderson state in *The Law of Financial Derivatives in Canada* (loose-leaf) that "Canada can be described as a 'netting friendly' jurisdiction" both in the context of insolvency and where contractual matters outside that context are concerned (p. 5-3). They explain that netting, which is a form of set-off, is crucial to derivatives transactions that affect the

ne peut se prévaloir que des droits dont jouissait le débiteur fiscal au moment de la prise d'effet de la fiducie.

[149] Il est d'ailleurs utile de revenir au texte du par. 227(4.1) *LIR* et d'examiner à nouveau les arrêts qui ont étudié la portée de la fiducie réputée. Avant que le Parlement ne précise la priorité de l'intimée sur les créanciers garantis, les tribunaux reconnaissaient que les droits antérieurs ne pouvaient être écartés que dans la mesure expressément prévue par la disposition pertinente. Par exemple, dans *Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 699, le juge Martland a écrit ceci :

> En l'absence d'une disposition statutaire en ce sens, l'art. 5A ne doit pas être interprété de façon à dépouiller les tiers de leurs droits antérieurs sur ces biens. [p. 706]

(Voir aussi *Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 1182, p. 1199.)

[150] Cette approche invite à la prudence dans l'évaluation de la portée de la fiducie réputée sur les biens du débiteur fiscal. Lorsque le Parlement a voulu donner plus de mordant à la fiducie réputée, il s'est attaché à conférer à l'intimée priorité sur les créanciers garantis. Il n'a pas modifié les règles générales régissant les droits que le débiteur pouvait opposer à son créancier originaire. Lorsqu'on évalue les conséquences de cette décision, en particulier en matière de compensation, on ne peut qu'être conforté par une interprétation fondée sur les règles juridiques normalement applicables.

[151] Le mécanisme de la compensation est utilisé dans de nombreuses opérations commerciales et dans la comptabilisation des actifs de nombreuses entreprises. Ainsi, M. E. Grottenthaler et P. J. Henderson, *The Law of Financial Derivatives in Canada* (feuilles mobiles), affirment que le [TRADUCTION] « le Canada peut être qualifié de ressort favorable au "*netting*" », tant dans le contexte de l'insolvabilité qu'en matière contractuelle hors du contexte de l'insolvabilité (p. 5-3). Le *netting*,

capitalization rules applicable to banks. They say the following about the importance of this mechanism:

It is of the utmost importance to parties that the termination and close-out netting provisions are enforceable against the other party. Unlike the case with many commercial transactions, parties are not willing to accept the risk that these provisions may not be fully enforceable in an insolvency situation. There are several reasons for this. First, many entities that participate in the derivatives market are subject to regulatory requirements that they maintain a certain asset level in relation to their liabilities (i.e. adequate capital). For this purpose, it is desirable to account for their transactions with their various counterparties on a net basis. The Basel Committee on Banking Supervision developed a new framework for regulatory capital and risk management (known as Basel II). The implementing Capital Adequacy Requirements guidelines released by OSFI [the Office of the Superintendent of Financial Institutions] to apply to Canadian incorporated banks allow for the netting of contracts pursuant to contractual netting provisions if the bank can satisfy OSFI that certain conditions are met, including that the institution has a written and reasoned legal opinion that, in the event of any legal challenge, the relevant courts would find the exposure under the netting agreement to be the net amount under the laws of all relevant jurisdictions (which includes the counterparty's home jurisdiction and the governing law of the transactions and the netting agreement). The legal opinions must address the validity and enforceability of the netting agreements in the context of insolvency proceedings.

Secondly, because the marketplace for derivatives transactions is a highly competitive and global marketplace, entities governed by the laws of a jurisdiction that does not recognize the effectiveness of termination and close-out netting in an insolvency situation are put at a serious competitive disadvantage. [pp. 5-2 and 5-3]

[152] This is just one example of the use of compensation in a context that does not involve the "security interest" concept and of the great importance of this mechanism both in Canadian law and

qui est une forme de compensation, est, selon ces auteurs, crucial dans le contexte d'opérations portant sur des produits dérivés et ayant une incidence sur les règles de capitalisation des banques. Ces auteurs décrivent ainsi l'importance de ce mécanisme :

[TRADUCTION] Il est de la plus haute importance que chacune des parties puisse faire respecter par l'autre les dispositions sur la résiliation et sur la compensation par liquidation. Contrairement à ce qui est le cas pour de nombreuses opérations commerciales, les parties ne sont pas disposées à courir le risque que ces dispositions ne soient pas pleinement applicables advenant une situation d'insolvabilité. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, bon nombre de participants au marché des produits dérivés doivent, conformément à la réglementation, assurer un niveau d'actif donné en relation avec leur passif (suffisance des fonds propres). C'est pourquoi il est souhaitable qu'ils comptabilisent sur une base nette leurs opérations avec leurs divers homologues. Le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire a établi un nouveau cadre (Bâle II) pour les fonds propres prudentiels et la gestion des risques. Les lignes directrices pour la mise en œuvre des normes de suffisance des fonds propres publiées par le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) à l'intention des banques constituées au Canada permettent la compensation des contrats conformément aux dispositions pertinentes de ceux-ci lorsque la banque peut convaincre le BSIF que certaines conditions sont remplies, notamment qu'elle a obtenu par écrit un avis juridique motivé selon lequel, en cas de contestation judiciaire, le tribunal compétent conclura que l'exposition découlant de l'entente de compensation correspond au montant net prescrit par les lois de tous les ressorts en cause (dont celles du ressort de l'homologue, ainsi que le droit régissant l'opération et l'entente de compensation). L'avis juridique doit porter sur la validité et l'applicabilité des ententes de compensation dans le contexte de procédures liées à l'insolvabilité.

Deuxièmement, comme le marché des produits dérivés est mondialisé et hautement concurrentiel, les entités régies par des lois qui ne reconnaissent pas l'applicabilité des dispositions sur la résiliation et sur la compensation par liquidation en cas d'insolvabilité sont sérieusement désavantagées. [p. 5-2 et 5-3]

[152] Il ne s'agit là que d'un exemple montrant que la compensation est utilisée dans un contexte dont est absente la notion de *security interest* et que ce mécanisme revêt une grande importance,

in international economic relations. Parliament thus seems to have had reasons for acting as it did in modifying the deemed trust only to give the respondent priority over creditors with security interests. I have concluded that the deemed trust does not give the respondent more rights than the tax debtor had and that, insofar as the amounts had not been deducted at the time the agreement was entered into, the Caisse's right may be set up against the respondent. What this finding means in practice must now be determined.

[153] In the case at bar, Camvrac's right to recover its claim was subject to the right to compensation that had been granted to the Caisse in the agreement to give savings as security. In the context of that agreement, the right to compensation was a right held by the Caisse that could not be negated solely by the fact of the deemed trust becoming effective. The respondent, as a third party, could not demand that the Caisse discharge its debt to Camvrac if the conditions for repayment had not been met. The Caisse's right had to be respected by third parties who acquired rights after the agreement was signed. Consequently, the respondent must abide by the compensation agreement, given that her right is subsequent to it.

[154] As I mentioned above, Camvrac had remitted nothing to the respondent since May 2000. Because the compensation agreement was entered into in September 2000, a question that arises is whether the respondent may claim from the Caisse amounts owed prior to that date. This is the issue that remains to be addressed.

[155] In certain circumstances, the debt itself can consist only of the net balance owed by the debtor. Thus, where, as in *Bandera*, the amount of an assignment of rent is established only after adjustments, the amount of the rent corresponds to the net balance payable to the landlord. In such a situation, regardless of when the assignee's right first arises, his or her claim cannot exceed the actual amount owed by the debtor of the assigned claim,

tant en droit canadien qu'en matière de relations économiques internationales. Cela tend à indiquer que le Parlement avait des raisons d'agir comme il l'a fait en ne modifiant la fiducie réputée que pour en faire un mécanisme donnant à l'intimée priorité sur les créanciers qui détiennent un *security interest*. J'ai conclu que la fiducie réputée ne confère pas à l'intimée plus de droits que n'en avait le débiteur fiscal et que, dans la mesure où les retenues n'avaient pas été effectuées au moment de la conclusion de la convention, le droit de la Caisse est opposable à l'intimée. Il faut maintenant dégager les conséquences pratiques de cette conclusion.

[153] En l'espèce, le droit de Camvrac de recouvrer sa créance était assujetti au droit de compensation consenti à la Caisse par la convention de mise en garantie d'épargne. Dans le contexte de cette convention, le droit de compensation constitue un droit dont bénéficiait la Caisse et qui ne peut être annulé par la seule prise d'effet de la fiducie réputée. En tant que tiers, l'intimée ne peut exiger de la Caisse qu'elle s'acquitte de sa dette envers Camvrac si les conditions de remboursement ne sont pas remplies. Le droit de la Caisse doit être respecté par les tiers dont les droits sont postérieurs à la convention. En conséquence, l'intimée doit respecter la convention de compensation dans la mesure où son droit est postérieur à celle-ci.

[154] Comme je l'ai mentionné précédemment, Camvrac n'avait pas fait ses remises à l'intimée depuis mai 2000. La convention de compensation ayant été conclue en septembre 2000, on peut se demander si l'intimée peut réclamer de la Caisse les sommes dues avant cette date. C'est cette question qui reste à trancher.

[155] Dans certaines circonstances, la dette elle-même ne peut être constituée que du solde net dû par le débiteur. Ainsi, dans une cession de loyer dont la quotité n'est établie qu'après ajustements, comme dans l'affaire *Bandera*, le montant du loyer correspond au solde net payable au propriétaire. Dans un tel cas, peu importe le moment où naît le droit du cessionnaire, sa réclamation ne peut être supérieure au montant réel de la dette du cédé, c'est-à-dire le

that is, the post-compensation amount. In other cases, such as where the respective claims do not have the same source, the date the creditor's right arises may be relevant. The instant case is one such case.

[156] The claims of the Caisse and Camvrac have distinct sources: one is based on the variable credit contract, the other, on the term savings agreement. The Caisse's claim against Camvrac dates from September 18, 2000 and Camvrac's claim, from September 25, 2000. On the latter date, Camvrac undertook, first in the term savings agreement, [TRANSLATION] "to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of $200,000", and then in the agreement to give savings as security, to "maintain" a deposit in the amount of $200,000. These undertakings show that the respective claims of the Caisse and Camvrac are distinct. For Camvrac to be able to undertake in the agreement to give savings as security to "maintain" the deposited amount, its claim resulting from the term savings agreement had to take on an independent existence, if only at the time the deposit was made. Given that the deposit was made before the right to compensation was granted, the deemed trust could have become effective in respect of Camvrac's claim up to the total of the amounts owed to the respondent as of September 25, 2000. This is not a case in which the respective debts have the same source and the claim is subject to a right to compensation. Just as the respondent's rights are subordinated to the right to compensation for deductions subsequent to the signing of the agreement, the Caisse's right must give way to the respondent's pre-existing right. As I stated at the beginning of these reasons, the evidence in the record is insufficient to establish the amount of the unremitted deductions with any precision; therefore, failing an agreement between the parties, the case must be remanded to the court of original jurisdiction to establish that amount.

8. Interest Issue

[157] Regarding interest, the Court of Appeal correctly endorsed the application of *Markevich*, and there is no need to intervene.

montant établi après compensation. Dans d'autres situations, par exemple lorsque les créances respectives ne résultent pas d'une même source, la date à laquelle a pris naissance le droit du créancier peut être pertinente. C'est le cas en l'espèce.

[156] Les créances respectives de la Caisse et de Camvrac ont des sources distinctes : l'une découle du contrat de crédit variable, l'autre de la convention d'épargne à terme. La créance de la Caisse envers Camvrac date du 18 septembre 2000 et celle de Camvrac du 25 septembre 2000. À cette dernière date, Camvrac s'est d'abord engagée par la convention d'épargne à terme « à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 $ », puis ultérieurement, par la convention de mise en garantie d'épargne, à « maintenir » en dépôt la somme de 200 000 $. Ces engagements illustrent le caractère distinct des créances respectives de la Caisse et de Camvrac. Pour que Camvrac ait pu, dans la convention de mise en garantie d'épargne, s'engager à « maintenir » le montant en dépôt, il faut que, ne serait-ce que l'instant du dépôt, son droit de créance résultant de la convention d'épargne à terme ait acquis une autonomie. Comme le dépôt a été fait avant que le droit de compensation ne soit conféré, la fiducie réputée pouvait avoir pris effet sur le droit de créance de Camvrac jusqu'à concurrence des sommes dues à l'intimée au 25 septembre 2000. Il ne s'agit pas d'un cas où les dettes respectives ont une même source et où la créance naît sujette au droit de compensation. Tout comme l'intimée voit ses droits subordonnés au droit de compensation pour les retenues postérieures à la conclusion de la convention, le droit de la Caisse doit céder devant le droit antérieur de l'intimée. Ainsi que je l'ai indiqué au début des présents motifs, la preuve au dossier ne permet pas de déterminer avec précision le montant des remises non effectuées et, pour cette raison, à défaut d'entente entre les parties, l'affaire doit être renvoyée au tribunal de première instance pour détermination de ce montant.

8. La question des intérêts

[157] Pour ce qui est des intérêts, la Cour d'appel a eu raison d'approuver l'application de *Markevich*, et il n'y a pas lieu d'intervenir.

9. Conclusion

[158] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, authorize compensation for the balance of the amounts deducted as of September 25, 2000 and, failing an agreement between the parties, remand the case to the court of original jurisdiction to establish the amount to be paid by the Caisse to the respondent, with costs throughout.

APPENDIX

A. Contractual Provisions

(a) *Variable Credit Contract*

[TRANSLATION]

1. LINE OF CREDIT

The Caisse agrees to extend to the Borrower, who accepts, a line of credit in the amount of $277,000.00. . . .

. . .

At any point in time, the Caisse may notify the Borrower that no advance shall be granted to it thenceforth under this contract.

. . .

3. INTEREST

. . .

The interest shall be paid on the twenty-fifth day of each month. It shall be debited automatically from the . . . account . . . .

The Borrower further undertakes to pay, on any payment due not made, additional interest . . . , any arrears of interest being then considered as principal.

. . .

5. REQUEST FOR REPAYMENT

The Caisse reserves the right to demand at any time the immediate repayment of any balance owed

9. Conclusion

[158] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, de casser le jugement de la Cour d'appel et d'autoriser compensation pour l'excédent des sommes retenues au 25 septembre 2000 et, à défaut d'entente entre les parties, de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour détermination du montant devant être payé par la Caisse à l'intimée, le tout avec dépens dans toutes les cours.

ANNEXE

A. Les dispositions contractuelles

a) *Contrat de crédit variable*

1. OUVERTURE DE CRÉDIT

La caisse consent à l'emprunteur, qui accepte, une ouverture de crédit de 277 000,00 $. . .

. . .

Il est convenu que la caisse pourra, en tout temps, informer l'emprunteur qu'aucune avance ne pourra lui être consentie à l'avenir en vertu de la présente convention.

. . .

3. INTÉRÊTS

. . .

L'intérêt doit être payé le vingt-cinquième jour de chaque mois. Il sera débité automatiquement du compte . . .

L'emprunteur s'engage de plus à payer, sur tout paiement échu et non effectué, un intérêt additionnel [. . .] les arrérages d'intérêt étant considérés comme du capital.

. . .

5. DEMANDE DE REMBOURSEMENT

La caisse se réserve le privilège d'exiger, en tout temps, le remboursement immédiat de tout solde

in principal, interest, costs and accessories. The Caisse shall then be entitled to no longer carry out this agreement, subject to all its other rights and recourses.

. . .

7. DEFAULT

If the Borrower draws a cheque that brings the line of credit balance to an amount higher than the amount authorized hereunder, if it goes bankrupt, if it transfers its property or becomes insolvent or fails to meet any of the conditions and obligations stipulated herein, any balance then owing in principal, interest, costs and accessories shall become immediately payable.

(b) *Term Savings Agreement*

[TRANSLATION]

Date of maturity: October 16, 2005

. . .

PROVISIONS GOVERNING THE PRINCIPAL

2. The member agrees to make, on the date of acquisition, a deposit in the amount of $200,000 (hereinafter referred to as the "initial amount of deposit").

3. On the date of issue associated with the applicable term ("date of issue"), the initial amount of deposit and the interest then accrued on that amount shall be reinvested in the form of a deposit maturing on the maturity date associated with the applicable term ("date of maturity").

4. This deposit may neither be negotiated nor transferred. No amount in principal or interest shall be redeemable or payable before the date of maturity.

5. This deposit may be hypothecated or given as security only in favor of the issuing Caisse.

. . .

PROVISIONS GOVERNING DISPOSAL AT MATURITY

11. At maturity date, unless the Caisse is notified to the contrary not later than the seventh day following such date, the principal and interest shall be deposited (to a term savings account) for a term equal to the term of this deposit. The interest rate

dû en capital, intérêts, frais et accessoires. La caisse aura alors la faculté de ne plus donner suite au contrat, sous réserve de tous ses autres droits et recours.

. . .

7. DÉFAUT

Si l'emprunteur tire un chèque qui porte le solde de l'ouverture de crédit à un montant supérieur à celui qu'autorise le présent contrat, s'il fait faillite, s'il cède ses biens ou devient insolvable ou encore s'il n'observe pas l'une ou l'autre des conditions et obligations convenues aux présentes, tout solde alors dû en capital, intérêts, frais et accessoires deviendra immédiatement exigible.

b) *Convention d'épargne à terme*

Date d'échéance : 16 octobre 2005

. . .

CONDITIONS RELATIVES AU CAPITAL

2. Le membre consent à effectuer, en date des présentes, un dépôt de 200 000 $, appelé « montant initial du dépôt ».

3. À la date d'émission relative au terme applicable (« date d'émission »), le montant initial du dépôt et les intérêts accumulés sur ce montant à cette date seront réinvestis sous la forme d'un dépôt échéant à la date d'échéance relative au terme applicable (« date d'échéance »).

4. Le présent dépôt n'est ni négociable ni transférable. Aucune somme en capital ou intérêt n'est remboursable ni payable avant la date d'échéance.

5. Le présent dépôt ne peut être hypothéqué ou donné en garantie qu'en faveur de la caisse émettrice.

. . .

CONDITIONS RELATIVES AU TRAITEMENT À L'ÉCHÉANCE

11. À l'échéance, à moins d'un avis à l'effet contraire reçu à la caisse au plus tard le septième jour suivant la date d'échéance, le capital et les intérêts seront déposés (dans un compte d'épargne à terme) pour un terme égal à celui du présent dépôt. Le taux

shall be the rate then in force at the Caisse for such deposit, depending on the applicable term. The interest shall be reckoned daily and capitalized annually.

. . .

THIS IS A DEPOSIT WITHIN THE MEANING OF THE DEPOSIT INSURANCE ACT.

(c) *Agreement to Give Savings as Security*

[TRANSLATION]

1. RIGHT TO WITHHOLDING AND COMPENSATION

To secure the repayment of any sum in principal, interest, costs and accessories owed or to be owed the Caisse by:

☒ the Depositor

☐ Name of Borrower (if other than Depositor)

under:

☒ (a) a line of credit agreement in the amount of $277,000.00 granted to him (her) on 2000-09-18;

☐ (b) a (Loan, line of credit, etc.) agreement in the amount of $_____ granted to him (her) on _____;

☐ (c) the following agreements:

_____

_____

_____

☒ and under any debts or obligations, present or future, direct or indirect held by:

☒ the Depositor

☐ Name of Borrower (if other than Depositor) _____ towards the Caisse,

(hereinafter referred to as "the Credit Contract[s]")

the Depositor undertakes to maintain and consents to the withholding by the Caisse, in the account(s) or on the certificate(s) of deposit mentioned below, of the amount of $200,000.00 distributed as follows:

d'intérêt sera celui alors en vigueur à la caisse pour un tel dépôt, selon le terme applicable. L'intérêt sera calculé sur une base quotidienne et capitalisé annuellement.

. . .

CECI EST UN DÉPÔT AU SENS DE LA LOI SUR L'ASSURANCE-DÉPÔTS.

c) *Convention de mise en garantie d'épargne*

1. DROIT DE RÉTENTION ET DE COMPENSATION

Pour garantir le remboursement, en capital, intérêts, frais et accessoires, de toutes sommes dues ou pouvant être dues à la caisse :

☒ par le déposant

☐ par (Nom de l'emprunteur [si autre que le déposant])

en vertu :

☒ a) d'un contrat d'ouverture de crédit de 277 000,00 $ qui lui a été consenti(e) le 2000-09-18;

☐ b) d'un contrat de (Prêt, ouverture de crédit, etc.) _____ de _____$ qui lui a été consenti(e) le _____;

☐ c) des contrats identifiés ci-dessous :

_____

_____

_____

☒ et en vertu de toutes dettes ou obligations présentes ou futures, directes ou indirectes

☒ du déposant

☐ de (Nom de l'emprunteur [si autre que le déposant]) _____ envers la caisse,

(ci-après appelé[s] « le ou les contrats de crédit »)

le déposant s'engage à maintenir et consent à ce que la caisse retienne, dans le ou les comptes ou sur le ou les certificats de dépôt mentionnés ci-après, la somme de 200 000,00 $ se répartissant comme suit:

Account or certificate of deposit identification (for deposit certificates, state date issued amount and certificate number)	**Sum withheld by the Caisse**
ALTERNATIVE TERM SAVINGS 5 YEARS IN THE AMOUNT OF $200,000.00	$200,000.00
	$

The Caisse may withhold the sums shown above, ☐ along with the interest from the certificates of deposit if applicable, as long as all the amounts due under the Credit Contract(s) have not been fully repaid and, in the case of a line of credit, as long as it has not been cancelled. In cases of default as provided for below, there shall be compensation between the Credit Contract(s) and the certificate(s) of deposit or the amounts deposited defined above, as provided for in Section 7.

2. SAFEKEEPING OF CERTIFICATES

. . .

3. HYPOTHEC

To further secure the repayment of any sum owed or to be owed under the Credit Contract(s), the Depositor hypothecates and pledges the above-mentioned certificate(s) of deposit and sums deposited, for an amount equal to the total amount of the sums withheld. The parties also agree that the clause shown on the certificate(s) of deposit stipulating that such certificate(s) are neither negotiable nor transferable shall be deemed cancelled, effective from the date of these presents.

4. WITHDRAWALS AND CHEQUES

. . .

5. REDEMPTION BEFORE MATURITY OF A CERTIFICATE OF DEPOSIT

. . .

6. MATURITY AND RENEWAL OF A CERTIFICATE OF DEPOSIT

. . .

Identification du ou des comptes ou certificats de dépôt (pour les certificats de dépôt, indiquer la date d'émission, le montant et le numéro du certificat)	**Somme retenue par la caisse**
ÉPARGNE À TERME À GESTION ACTIVE 5 ANS AU MONTANT DE 200 000,00	200 000,00 $
	$

La caisse pourra retenir les sommes indiquées ci-dessus, ☐ ainsi que les intérêts provenant des certificats de dépôt le cas échéant, tant que la totalité des sommes dues en vertu du ou des contrats de crédit n'auront pas été entièrement remboursées et, dans le cas d'une ouverture de crédit, tant qu'elle n'aura pas été annulée. Dans les cas de défaut prévus ci-après, il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, tel qu'il est prévu à l'article 7.

2. GARDE DES CERTIFICATS

. . .

3. HYPOTHÈQUE

Pour garantir davantage le remboursement des sommes dues ou pouvant être dues en vertu du ou des contrats de crédit, le déposant hypothèque et donne en gage le ou les certificats de dépôt et les sommes d'argent indiqués ci-dessus, pour un montant égal au montant total des sommes retenues. Les parties conviennent également que la clause paraissant au(x) certificat(s) de dépôt à l'effet que le ou les certificats ne sont ni négociables ni transférables est réputée annulée à compter des présentes.

4. RETRAITS ET CHÈQUES

. . .

5. REMBOURSEMENT D'UN CERTIFICAT DE DÉPÔT AVANT ÉCHÉANCE

. . .

6. ÉCHÉANCE ET RENOUVELLEMENT D'UN CERTIFICAT DE DÉPÔT

. . .

7. DEFAULT

The Depositor shall be in default in any of the following cases:

(a) if any of the commitments under the Credit Contract(s) or these presents is not fulfilled;

(b) if the Depositor or the Borrower becomes insolvent or goes bankrupt, or if he (she) makes a proposal and it is rejected or annulled;

. . .

In the event of any default:

(a) any sums owing under the Credit Contracts shall immediately become payable;

(b) the Caisse may use the sums deposited or the certificate(s) of deposit contemplated herein, regardless of its (their) having matured or not, to compensate its claim under the Credit Contract(s);

. . .

The consequences of a default are for the exclusive benefit of the Caisse and the latter may waive them expressedly. The Caisse may, among others, without any prejudice to its rights, wait for the maturity date of the certificate(s) of deposit before exercising its rights as provided for in paragraphs (b) and (c) above.

8. RESERVE OF RECOURSES

. . . Furthermore, failure by the Caisse to avail itself of any of its rights in case of default shall not be interpreted as a waiver of such rights.

B. Statutory Provisions

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

224. . . .

(1.3) In subsection (1.2),

. . .

"security interest" means any interest in property that secures payment or performance of an obligation

7. DÉFAUT

Le déposant sera en défaut dans les cas suivants :

a) si l'une ou l'autre des obligations prévues au(x) contrat(s) de crédit ou aux présentes n'est pas respectée;

b) si le déposant ou l'emprunteur deviennent insolvables ou en faillite ou s'ils font une proposition concordataire et que celle-ci est rejetée ou annulée;

. . .

En cas de défaut :

a) toutes les sommes dues en vertu des contrats de crédit deviendront immédiatement exigibles;

b) il y aura compensation entre le ou les contrats de crédit et le ou les certificats de dépôt ou sommes d'argent indiqués ci-dessus, que ceux-ci soient échus ou non;

. . .

Les conséquences d'un défaut sont au bénéfice exclusif de la caisse et celle-ci peut y renoncer expressément. Elle peut notamment, sans préjudice de ses droits, attendre l'échéance du ou des certificats de dépôt avant d'exercer les droits prévus aux paragraphes b) et c) ci-dessus.

8. RÉSERVE DE RECOURS

. . . En outre, le fait que la caisse ne se prévale pas de ses droits en cas de défaut ne doit pas être interprété comme une renonciation à ceux-ci.

B. Les dispositions législatives

a) *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.)

224. . . .

(1.3) Les définitions qui suivent s'appliquent au paragraphe (1.2).

. . .

« garantie » Droit sur un bien qui garantit l'exécution d'une obligation, notamment un paiement. Sont en

and includes an interest created by or arising out of a debenture, mortgage, hypothec, lien, pledge, charge, deemed or actual trust, assignment or encumbrance of any kind whatever, however or whenever arising, created, deemed to arise or otherwise provided for;

227. . . .

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3)) would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(*a*) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and

(*b*) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was so deducted or withheld, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to such a security interest . . . .

(b) *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23

86. (1) All premiums, interest, penalties and other amounts payable by an employer under this Act are debts due to Her Majesty and are recoverable in the Federal Court or any other court of competent jurisdiction or in any other manner provided for by this Act.

particulier des garanties les droits nés ou découlant de débentures, hypothèques, privilèges, nantissements, sûretés, fiducies réputées ou réelles, cessions et charges, quelle qu'en soit la nature, de quelque façon ou à quelque date qu'elles soient créées, réputées exister ou prévues par ailleurs.

227. . . .

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi.

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de la personne, d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est déduit ou retenu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

b) *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23

86. (1) Les cotisations, intérêts, pénalités et autres sommes payables par un employeur en vertu de la présente loi constituent des créances de Sa Majesté, dont le recouvrement peut être poursuivi à ce titre soit devant la Cour fédérale ou tout autre tribunal compétent, soit selon toute autre modalité prévue par la présente loi.

(2) Where an employer has deducted an amount from the remuneration of an insured person as or on account of any employee's premium required to be paid by the insured person but has not remitted the amount to the Receiver General, the employer is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) in the amount so deducted, to hold the amount separate and apart from the property of the employer and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) of that employer that but for the security interest would be property of the employer, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act.

(2.1) Notwithstanding the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection (2) to be held by an employer in trust for Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the employer and property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) of that employer that but for a security interest (as defined in subsection 224(1.3) of the *Income Tax Act*) would be property of the employer, equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(*a*) to be held, from the time the amount was deducted by the employer, separate and apart from the property of the employer, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, and

(*b*) to form no part of the estate or property of the employer from the time the amount was so deducted, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the employer and whether or not the property is subject to such a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty notwithstanding any security interest in such property or in the proceeds thereof, and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

(2.2) For the purposes of subsections (2) and (2.1), a security interest does not include a prescribed security interest.

(c) *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64

1637. A creditor may assign to a third person all or part of a claim or a right of action which he has against his debtor.

(2) L'employeur qui a retenu une somme sur la rétribution d'un assuré au titre des cotisations ouvrières que l'assuré doit payer, mais n'a pas versé cette somme au receveur général est réputé, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* la concernant, la détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparée de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l'absence de la garantie, seraient ceux de l'employeur, et en vue de la verser à Sa Majesté selon les modalités et au moment prévus par la présente loi.

(2.1) Malgré la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et au moment prévus par la présente loi, d'une somme qu'un employeur est réputé par le paragraphe (2) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de l'employeur, et les biens détenus par son créancier garanti au sens du paragraphe 224(1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui, en l'absence d'une garantie au sens du même paragraphe, seraient ceux de l'employeur, d'une valeur égale à cette somme sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où la somme est retenue, séparés des propres biens de l'employeur, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de l'employeur à compter du moment où la somme est retenue, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire malgré toute autre garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

(2.2) Pour l'application des paragraphes (2) et (2.1), n'est pas une garantie celle qui est visée par règlement.

c) *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64

1637. Le créancier peut céder à un tiers, tout ou partie d'une créance ou d'un droit d'action qu'il a contre son débiteur.

He may not, however, make an assignment that is injurious to the rights of the debtor or that renders his obligation more onerous.

. . .

1643. A debtor may set up against the assignee any payment made to the assignor before the assignment could be set up against him, as well as any other cause of extinction of the obligation that occurred before that time.

. . .

1671. Obligations are extinguished not only by the causes of extinction contemplated in other provisions of this Code, such as payment, the expiry of an extinctive term, novation or prescription, but also by compensation, confusion, release, impossibility of performance or discharge of the debtor.

1672. Where two persons are reciprocally debtor and creditor of each other, the debts for which they are liable are extinguished by compensation, up to the amount of the lesser debt.

Compensation may not be claimed from the State, but the State may claim it.

1673. Compensation is effected by operation of law upon the coexistence of debts that are certain, liquid and exigible and the object of both of which is a sum of money or a certain quantity of fungible property identical in kind.

A person may apply for judicial liquidation of a debt in order to set it up for compensation.

. . .

1680. A debtor who has acquiesced unconditionally in the assignment or hypothecating of claims by his creditor to a third person may not afterwards set up against the third person any compensation that he could have set up against the original creditor before he acquiesced.

An assignment or hypothec in which a debtor has not acquiesced, but which from a certain time may be set up against him, prevents compensation only for debts of the original creditor which come after that time.

1681. Compensation may neither be effected nor be renounced to the prejudice of the acquired rights of a third person.

Cette cession ne peut, cependant, porter atteinte aux droits du débiteur, ni rendre son obligation plus onéreuse.

. . .

1643. Le débiteur peut opposer au cessionnaire tout paiement fait au cédant avant que la cession ne lui ait été rendue opposable, ainsi que toute autre cause d'extinction de l'obligation survenue avant ce moment.

. . .

1671. Outre les autres causes d'extinction prévues ailleurs dans ce code, tels le paiement, l'arrivée d'un terme extinctif, la novation ou la prescription, l'obligation est éteinte par la compensation, par la confusion, par la remise, par l'impossibilité de l'exécuter ou, encore, par la libération du débiteur.

1672. Lorsque deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre, les dettes auxquelles elles sont tenues s'éteignent par compensation jusqu'à concurrence de la moindre.

La compensation ne peut être invoquée contre l'État, mais celui-ci peut s'en prévaloir.

1673. La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce.

Une partie peut demander la liquidation judiciaire d'une dette afin de l'opposer en compensation.

. . .

1680. Le débiteur qui acquiesce purement et simplement à la cession ou à l'hypothèque de créance consentie par son créancier à un tiers, ne peut plus opposer à ce tiers la compensation qu'il eût pu opposer au créancier originaire avant son acquiescement.

La cession ou l'hypothèque à laquelle le débiteur n'a pas acquiescé, mais qui lui est devenue opposable, n'empêche que la compensation des dettes du créancier originaire qui sont postérieures au moment où la cession ou l'hypothèque lui est ainsi devenue opposable.

1681. La compensation n'a pas lieu, et on ne peut non plus y renoncer, au préjudice des droits acquis à un tiers.

(d) *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25

637. If the affirmative declaration of the garnishee is not contested and does not show the existence of another seizure by garnishment in his hands, the clerk, upon an inscription by either party, orders the garnishee to pay to the seizing creditor the amounts which he owes to the judgment debtor to the extent of the amount of the judgment in capital, interest and costs. To that extent the order of the clerk effects an assignment, in favour of the seizing creditor, of the judgment debtor's claim, from the date of the seizure. Such order must be served on the garnishee and becomes executory 10 days later.

Appeal dismissed with costs, LEBEL *and* DESCHAMPS JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Solicitor for the respondent: Canada Department of Justice, Montréal.

d) *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25

637. Si la déclaration affirmative du tiers-saisi n'est pas contestée et qu'elle ne révèle pas l'existence d'une autre saisie-arrêt pratiquée entre ses mains, le greffier, sur inscription par l'une ou l'autre des parties, ordonne au tiers-saisi de payer au saisissant les sommes qu'il doit au débiteur-saisi, jusqu'à concurrence du montant du jugement, en capital, intérêts et frais. Dans cette mesure, l'ordonnance du greffier opère cession de la créance du saisi en faveur du saisissant, et à compter du jour de la saisie. Cette ordonnance doit être signifiée au tiers-saisi et devient exécutoire 10 jours plus tard.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL *et* DESCHAMPS *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice du Canada, Montréal.

A.C. et al. *Appellants*

v.

Director of Child and Family Services *Respondent*

and

Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta and Justice for Children and Youth *Interveners*

INDEXED AS: A.C. *v.* MANITOBA (DIRECTOR OF CHILD AND FAMILY SERVICES)

Neutral citation: 2009 SCC 30.

File No.: 31955.

2008: May 20; 2009: June 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Medical treatment — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation arbitrary because it deprives children under 16 of opportunity to demonstrate capacity — Whether legislation infringes child's liberty and security interests in manner contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

A.C. et autres *Appelants*

c.

Directeur des services à l'enfant et à la famille *Intimé*

et

Procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et Justice for Children and Youth *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : A.C. *c.* MANITOBA (DIRECTEUR DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE)

Référence neutre : 2009 CSC 30.

N° du greffe : 31955.

2008 : 20 mai; 2009 : 26 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Traitement médical — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation est-elle arbitraire du fait qu'elle prive les enfants de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer leur capacité? — La législation porte-t-elle

s. 7 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's freedom of religion — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Status of persons — Child protection — Care while under apprehension — Maturity — Court order authorizing treatment — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in "best interests" of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's equality rights — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte au droit de l'enfant à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enfant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

Droit des personnes — Protection de l'enfant — Soins des enfants appréhendés — Maturité — Ordonnance judiciaire autorisant le traitement — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans « l'intérêt » de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou

satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether young person under 16 entitled to demonstrate sufficiency of maturity in medical treatment decisions — Interpretation of "best interests" standard — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

C was admitted to hospital when she was 14 years, 10 months old, suffering from lower gastrointestinal bleeding caused by Crohn's disease. She is a devout Jehovah's Witness and, some months before, had signed an advance medical directive containing her written instructions not to be given blood under any circumstances. Her doctor believed that internal bleeding created an imminent, serious risk to her health and perhaps her life. She refused to consent to the receipt of blood. A brief psychiatric assessment took place at the hospital on the night after her admission. The Director of Child and Family Services apprehended her as a child in need of protection, and sought a treatment order from the court under s. 25(8) of the Manitoba *Child and Family Services Act*, by which the court may authorize treatment that it considers to be in the child's best interests. Section 25(9) of the Act presumes that the best interests of a child 16 or over will be most effectively promoted by allowing the child's views to be determinative, unless it can be shown that the child does not understand the decision or appreciate its consequences. Where the child is under 16, however, no such presumption exists. The applications judge ordered that C receive blood transfusions, concluding that when a child is under 16, there are no legislated restrictions of authority on the court's ability to order medical treatment in the child's "best interests". C and her parents appealed the order arguing that the legislative scheme was unconstitutional because it unjustifiably infringed C's rights under ss. 2(*a*), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal upheld the constitutional validity of the impugned provisions and the treatment order.

Held (Binnie J. dissenting): The appeal should be dismissed. Sections 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act* are constitutional.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: When the young person's best interests are interpreted in a way that sufficiently respects his or her capacity

plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — Une personne de moins de 16 ans a-t-elle le droit de démontrer qu'elle a une maturité suffisante pour prendre des décisions en matière de traitement médical? — Interprétation du critère de « l'intérêt » de l'enfant — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

C était âgée de 14 ans et 10 mois lorsqu'elle a été admise à l'hôpital pour des saignements du tractus gastro-intestinal inférieur causés par la maladie de Crohn. Fervent témoin de Jéhovah, elle avait, quelques mois auparavant, rédigé une directive médicale préalable portant qu'en aucun cas elle ne devait recevoir de transfusion de sang. Son médecin pensait que les saignements internes créaient un risque imminent et grave pour sa santé et peut-être sa vie. Elle a refusé de recevoir du sang. Le soir qui a suivi son admission, elle a subi une brève évaluation psychiatrique. Le directeur des services à l'enfant et à la famille l'a appréhendée en tant qu'enfant ayant besoin de protection et a demandé au tribunal de rendre une ordonnance de traitement en vertu du par. 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* du Manitoba, selon lequel le tribunal peut autoriser les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant. Le paragraphe 25(9) de la Loi présume que l'intérêt de l'enfant qui a au moins 16 ans sera le mieux servi si ses opinions jouent un rôle déterminant, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant ne comprend pas la décision ou ne peut évaluer ses conséquences. Il n'existe toutefois pas une telle présomption pour les moins de 16 ans. Le juge des requêtes a ordonné que C reçoive des transfusions sanguines, concluant que, dans le cas d'un enfant de moins de 16 ans, aucune restriction législative ne s'applique au pouvoir du tribunal d'ordonner les traitements médicaux qu'il juge être dans « l'intérêt » de l'enfant. C et ses parents ont interjeté appel de l'ordonnance, soutenant que le régime législatif est inconstitutionnel parce qu'il porte indûment atteinte aux droits conférés à C par l'al. 2*a*) et les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel a confirmé la constitutionnalité des dispositions contestées et de l'ordonnance de traitement.

Arrêt (le juge Binnie est dissident) : Le pourvoi est rejeté. Les paragraphes 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* sont constitutionnels.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron : Si l'interprétation de l'intérêt supérieur de la jeune personne tient suffisamment compte de sa capacité

for mature, independent judgment in a particular medical decision-making context, the constitutionality of the legislation is preserved. Properly construed to take an adolescent's maturity into account, the statutory scheme strikes a constitutional balance between what the law has consistently seen as an individual's fundamental right to autonomous decision making in connection with his or her body, and the law's equally persistent attempts to protect vulnerable children from harm. The "best interests" standard in s. 25(8) operates as a sliding scale of scrutiny, with the child's views becoming increasingly determinative depending on his or her maturity. The more serious the nature of the decision and the more severe its potential impact on life or health, the greater the degree of scrutiny required. The result of this interpretation of s. 25(8) is that young people under 16 will have the right to demonstrate mature medical decisional capacity. This protects both the integrity of the statute and of the adolescent. [3] [22] [30] [115]

Mature adolescents have strong claims to autonomy, but these claims exist in tension with a protective duty on the part of the state that is justified by the difficulty of defining and identifying "maturity". Any solution to this tension must be responsive to its complexity. Where a child under 16 comes before the court under s. 25 of the *Child and Family Services Act*, it is the ineffability inherent in the concept of "maturity" that justifies the state's retaining an overarching power to determine whether allowing the child to exercise his or her autonomy in a given situation actually accords with his or her best interests. But "best interests" must in turn be interpreted so as to reflect and respect the adolescent's developing autonomy interest. The more a court is satisfied that a child is capable of making a truly mature and independent decision on his or her own behalf, the greater the weight that must be given to his or her views when a court is exercising its discretion under s. 25(8). If, after a careful analysis of the young person's ability to exercise mature and independent judgment, the court is persuaded that the necessary level of maturity exists, the young person's views ought to be respected. [82] [84] [86-88]

In assessing an adolescent's maturity in a s. 25(8) "best interests" analysis, a judge should take into account the nature, purpose and utility of the recommended medical treatment and its risks and benefits; the adolescent's intellectual capacity and the degree of sophistication to understand the information relevant to making the decision and to appreciate the potential consequences; the stability of the adolescent's views

d'exercer son jugement de façon mature et indépendante dans le contexte des décisions médicales, la constitutionnalité de la disposition en cause est préservée. Bien interprété de manière à prendre en considération la maturité de l'adolescent, le régime législatif établit un équilibre constitutionnel entre deux valeurs que la loi a constamment défendues : d'une part, le droit fondamental de la personne de prendre seule des décisions qui concernent son corps et, d'autre part, la protection des enfants vulnérables. Le critère de « l'intérêt » de l'enfant prévu au par. 25(8) permet d'effectuer l'examen selon une échelle variable, l'opinion de l'enfant devenant de plus en plus déterminante selon sa maturité. Plus la décision est de nature sérieuse et plus elle risque d'avoir une incidence grave sur la vie ou la santé, plus l'examen doit être rigoureux. Cette interprétation du par. 25(8) produit comme résultat que les adolescents de moins de 16 ans ont le droit de démontrer qu'ils possèdent une maturité suffisante pour être capables de prendre des décisions médicales. Tant l'intégrité de la loi que celle de l'adolescent sont ainsi protégées. [3] [22] [30] [115]

Les adolescents matures ont des revendications sérieuses en matière d'autonomie, mais celles-ci s'opposent au devoir de protection de l'État, qui est justifié par la difficulté à définir et à déterminer « maturité ». Pour régler cette opposition, il faut tenir compte de sa complexité. Lorsque le tribunal est saisi d'une demande présentée en vertu de l'art. 25 de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* à l'égard d'un enfant de moins de 16 ans, c'est l'ineffabilité inhérente au concept de « maturité » qui justifie que l'État conserve le pouvoir suprême de décider s'il est réellement dans l'intérêt supérieur de l'enfant de lui permettre d'exercer son autonomie dans une situation donnée. Mais « l'intérêt supérieur » doit être, à son tour, être interprété de manière à refléter et à respecter le droit croissant de l'adolescent à l'autonomie. Plus le tribunal est convaincu que l'enfant est capable de prendre lui-même des décisions de façon véritablement mature et indépendante, plus il doit accorder de poids à ses opinions dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu au par. 25(8). Si, après une analyse approfondie et complexe de la capacité de la jeune personne d'exercer son jugement de façon mature et indépendante, le tribunal est convaincu qu'elle a la maturité nécessaire, il doit respecter ses opinions. [82] [84] [86-88]

Dans l'examen de la maturité d'un adolescent dans le cadre de l'analyse de « l'intérêt » de l'enfant effectuée en vertu du par. 25(8), le juge doit tenir compte des éléments suivants : la nature, le but et l'utilité du traitement médical recommandé, ainsi que ses risques et bénéfices; la capacité intellectuelle de l'adolescent et le discernement requis pour comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre la décision

and whether they are a true reflection of his or her core values and beliefs; the potential impact of the adolescent's lifestyle, family relationships and broader social affiliations on his or her ability to exercise independent judgment; the existence of any emotional or psychiatric vulnerabilities and the impact of the adolescent's illness on his or her decision-making ability. Any relevant information from adults who know the adolescent may also factor into the assessment. [96]

When the "best interests" standard is properly interpreted, the legislative scheme created by ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act* does not infringe ss. 7, 15 or 2(*a*) of the *Charter* because it is neither arbitrary, discriminatory, nor violative of religious freedom. Under s. 7 of the *Charter*, while it may be arbitrary to assume that no one under the age of 16 has capacity to make medical treatment decisions, it is not arbitrary to give them the opportunity to prove that they have sufficient maturity to do so. [98] [107]

With respect to s. 15, in permitting adolescents under 16 to lead evidence of sufficient maturity to determine their medical choices, their ability to make treatment decisions is ultimately calibrated in accordance with maturity, not age, and no disadvantaging prejudice or stereotype based on age can be said to be engaged. [111]

Similarly, since a young person is entitled to lead evidence of sufficient maturity, the impugned provisions do not violate a child's religious convictions under s. 2(*a*). Consideration of a child's "religious heritage" is one of the statutory factors which a judge must consider in determining the "best interests" of a child under s. 25(8), and expanding the deference to a young person's religious wishes as his or her maturity increases is a proportionate response both to the young person's religious rights and the protective goals of s. 25(8). [28] [112] [113]

Interpreting the best interests standard so that a young person is afforded a degree of bodily autonomy and integrity commensurate with his or her ability to exercise mature, independent judgment navigates the tension between an adolescent's increasing entitlement to autonomy as he or she matures and society's interest in ensuring that young people who are vulnerable are protected from harm. This brings the "best interests" standard in s. 25(8) in line with the evolution of

et d'en évaluer les conséquences possibles; l'opinion bien arrêtée de l'adolescent et la question de savoir si elle reflète véritablement ses valeurs et croyances profondes; l'impact que pourraient avoir le style de vie de l'adolescent, ses relations avec sa famille et ses affiliations sociales sur sa capacité d'exercer tout seul son jugement; l'existence de troubles émotionnels ou psychiatriques et les incidences de la maladie de l'adolescent sur sa capacité de décider. Il faut aussi prendre en considération les renseignements pertinents fournis par des adultes qui connaissent l'adolescent. [96]

Si le critère de « l'intérêt » est correctement interprété, le régime législatif créé par les par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* n'enfreint pas les art. 7 et 15 et l'al. 2*a*) de la *Charte*, parce qu'il n'est pas arbitraire, ni discriminatoire, ni contraire au droit à la liberté de religion. Selon l'article 7 de la *Charte*, même s'il peut être arbitraire de présumer qu'aucune personne de moins de 16 ans n'a la capacité de décider de son traitement médical, il n'est pas arbitraire de donner à ces jeunes la possibilité de prouver qu'ils ont une maturité suffisante pour s'acquitter d'une telle tâche. [98] [107]

Pour ce qui est de l'art. 15, si l'on permet aux adolescents de moins de 16 ans de prouver qu'ils ont une maturité suffisante pour prendre des décisions médicales, on se trouve en fin de compte à calibrer leur aptitude à décider du traitement médical en fonction de leur maturité et non de leur âge, et aucun préjudice ou stéréotype désavantageux fondé sur l'âge n'entre en jeu. [111]

De même, étant donné qu'une jeune personne a le droit de prouver qu'elle a une maturité suffisante, les dispositions contestées ne portent pas atteinte à ses convictions religieuses selon l'al. 2*a*). La Loi prescrit que le juge doit notamment prendre en considération le « patrimoine religieux » de l'enfant pour déterminer ce qui est dans son « intérêt » selon le par. 25(8); en considérant les volontés religieuses d'une jeune personne comme un facteur de plus en plus déterminant au fur et à mesure de sa maturité, on apporte une réponse proportionnée à ses droits religieux et aux objectifs de protection du par. 25(8). [28] [112] [113]

En interprétant le critère de l'intérêt supérieur de manière à accorder au jeune une certaine autonomie et une certaine intégrité physiques en fonction de sa capacité d'exercer son jugement de façon mature et indépendante, on concilie le droit de l'adolescent à l'autonomie, qui augmente au fur et à mesure qu'il acquiert de la maturité, et l'intérêt qu'a la société de veiller à la protection des jeunes qui sont vulnérables. Ainsi, le critère de « l'intérêt » énoncé au par. 25(8) suit l'évolution de

the common law and with international principles, and strikes an appropriate balance between achieving the protective legislative goal while at the same time respecting the right of mature adolescents to participate meaningfully in decisions relating to their medical treatment. [108]

Per McLachlin C.J. and Rothstein J.: The *Child and Family Services Act* is a complete code for medical decision making for or by apprehended minors. It requires the judge to be satisfied that a treatment order is in the child's best interests by undertaking an independent analysis of all relevant circumstances and the factors in s. 2(1) of the Act, including the child's needs, mental and emotional maturity and preferences. This multi-factored "best interests of the child" approach required by s. 25(8) does not operate unconstitutionally in the case of a child under 16 who possesses capacity to make a treatment decision and understands the nature and consequences of the treatment. [123] [126] [132-135]

Section 25(8) of the *Child and Family Services Act* does not violate s. 7 of the *Charter*. This provision, although it deprives a child under 16 of the "liberty" to decide her medical treatment and may impinge on her "security of the person", does not function in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice. The s. 7 liberty or autonomy right is not absolute, even for adults, nor does it trump all other values. Limits on personal autonomy that advance a genuine state interest do not violate s. 7 if they are shown to be based on rational, rather than arbitrary grounds. Here, when the relationship between s. 25(8) and the state interest at stake are considered, the statutory provision is not arbitrary in the substantive sense. The statutory scheme successfully balances society's interest in ensuring that children receive necessary medical care on the one hand, with the protection of their autonomy interest, to the extent this can be done, on the other. The legislative decision to vest treatment authority regarding under-16 minors in the courts is a legitimate response to heightened concerns about younger adolescents' maturity and vulnerability to subtle and overt coercion and influence. This concern with free and informed decision making animates the legislative scheme and expresses the state's interest in ensuring that the momentous decision to refuse medical treatment by persons under 16 are truly free, informed and voluntary. Age, in this context, is a reasonable proxy for independence. The Act requires the judge to take account of the treatment preference of a minor under 16 as a factor in assessing the child's "best interests", while refusing to give it the presumptive weight it would carry with a child over

la common law et est conforme aux principes internationaux, et cette interprétation permet d'établir un juste équilibre entre l'objectif législatif de protection et le respect du droit des adolescents matures de participer de manière significative aux décisions concernant leur traitement médical. [108]

La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein : La *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* constitue un code complet en matière de décisions médicales prises par les mineurs appréhendés ou en leur nom. Selon ce code, le juge doit être convaincu que l'ordonnance de traitement est dans l'intérêt de l'enfant en procédant à une analyse indépendante des circonstances et facteurs pertinents énumérés au par. 2(1) de la Loi, notamment les besoins, la maturité intellectuelle et affective et les préférences de l'enfant. Ce critère aux multiples facteurs de « l'intérêt de l'enfant » requis par le par. 25(8) n'est pas inconstitutionnel dans le cas d'un enfant de moins de 16 ans qui a la capacité de décider de son traitement et qui comprend la nature du traitement et ses conséquences. [123] [126] [132-135]

Le paragraphe 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette disposition, même si elle prive un enfant de moins de 16 ans de la « liberté » de décider de son traitement médical et peut empiéter sur la « sécurité de sa personne » ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale. Le droit à la liberté ou à l'autonomie garanti par l'art. 7 n'est pas absolu, même pour les adultes, et ne supplante pas toutes les autres valeurs. Les limites à l'autonomie personnelle qui font progresser un intérêt véritable de l'État ne contreviennent pas à l'art. 7 s'il est démontré qu'elles reposent sur des motifs rationnels et non arbitraires. En l'espèce, lorsqu'on examine le lien qui existe entre le par. 25(8) et l'intérêt de l'État en cause, la disposition législative n'est pas arbitraire sur le plan du fond. Le régime législatif parvient à établir un équilibre entre l'intérêt de la société à s'assurer que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires et la protection — dans la mesure du possible — de leur droit à l'autonomie. La décision du législateur de conférer au tribunal le pouvoir d'ordonner le traitement des mineurs de moins de 16 ans est une réponse légitime aux préoccupations accrues à l'égard de la maturité des jeunes adolescents et de leur vulnérabilité à la coercition et à l'influence, que celles-ci soient explicites ou subtiles. Ces préoccupations au sujet de la capacité de prendre librement des décisions en toute connaissance de cause sous-tendent le régime législatif et expriment l'intérêt de l'État à veiller à ce que la décision capitale des moins de 16 ans de refuser un traitement médical soit libre, éclairée et volontaire. Dans ce contexte, l'âge est une indication raisonnable de l'indépendance. La

16. This distinction reflects the societal reality of how children mature, and the dependence of children under 16 on their parents, as well as the difficulty of carrying out a robust and comprehensive analysis of maturity and voluntariness in the exigent circumstances of crucial treatment decisions in cases such as C's. Further, the s. 7 requirement that the limitation be carried out in a procedurally fair manner is satisfied by the notice and participation requirements in the *Child and Family Services Act*. [136-138] [141] [143-149] [160]

Section 25(8) does not violate s. 15 of the *Charter*. The distinction drawn by the Act between children under 16 and those 16 and over is ameliorative and not invidious. First, it aims at protecting the interests of minors as a vulnerable group. Second, it protects the targeted group — children under 16 — in a way that gives the individual child a degree of input into the ultimate decision on treatment. This is sufficient to demonstrate that the distinction drawn by the Act, while based on an enumerated ground, is not discriminatory within the meaning of s. 15. [152]

Finally, while the legislative authorization of treatment over C's sincere religious objections constitutes an infringement of her right to religious freedom guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*, the infringement is justifiable under s. 1. The fact that C's aversion to receiving a blood transfusion springs from religious conviction does nothing to alter the essential nature of the claim as one for absolute personal autonomy in medical decision making. If s. 25(8) is viewed through the lens of s. 2(*a*), the limit on religious practice imposed by the legislation emerges as justified under s. 1, because the objective of ensuring the health and safety and of preserving the lives of vulnerable young people children is pressing and substantial, and the means chosen — giving discretion to the court to order treatment after a consideration of all relevant circumstances — is a proportionate limit on the right. [153-156]

The applications judge assumed that C had "capacity" to make the treatment decision but, after considering the relevant factors set out in s. 2(1) of the *Child and Family Services Act* including her maturity and

Loi exige que le juge prenne en considération en matière de traitement les préférences du mineur de moins de 16 ans lorsqu'il évalue « l'intérêt supérieur » de l'enfant, mais elle ne donne pas à ce facteur le poids qu'il est présumé avoir dans le cas des 16 ans ou plus. Cette distinction reflète la réalité sociale, à savoir la façon dont les enfants acquièrent de la maturité et le fait que les moins de 16 ans dépendent de leurs parents, ainsi que la difficulté d'analyser de façon exhaustive la maturité et le caractère volontaire dans les circonstances urgentes des décisions cruciales en matière de traitement, comme c'est le cas de C. De plus, les exigences de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* en matière d'avis et de participation permettent de satisfaire à l'exigence de l'art. 7 que la restriction soit appliquée selon les règles d'équité procédurale. [136-138] [141] [143-149] [160]

Le paragraphe 25(8) ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte*. La distinction établie par la Loi entre les moins de 16 ans et les 16 ans ou plus apporte une amélioration et non une distinction injuste. Premièrement, elle vise à protéger les intérêts des mineurs en tant que groupe vulnérable. Deuxièmement, elle protège les membres du groupe visé — les moins de 16 ans — tout en permettant à chaque enfant de participer dans une certaine mesure à l'ultime décision concernant le traitement. C'est suffisant pour démontrer que la distinction établie par la Loi, bien que fondée sur un motif énuméré, n'est pas discriminatoire au sens de l'art. 15. [152]

Enfin, même si le fait que la Loi autorise le traitement de C malgré ses objections religieuses sincères constitue une atteinte à son droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2*a*) de la *Charte*, l'atteinte est justifiable selon l'article premier. Le fait que la répugnance de C à recevoir une transfusion de sang découle d'une conviction religieuse ne change pas la nature fondamentale de sa demande, qui porte sur la reconnaissance d'une autonomie personnelle absolue en matière de décisions médicales. Si le paragraphe 25(8) est interprété dans le contexte de l'al. 2*a*), la restriction imposée à la pratique religieuse par la loi devient justifiée en vertu de l'article premier, parce que l'objectif de veiller à la santé et à la sécurité des jeunes personnes vulnérables et de préserver leur vie est urgent et réel, et le moyen choisi — octroi au tribunal du pouvoir discrétionnaire d'ordonner un traitement après avoir pris en considération tous les facteurs pertinents — est une restriction proportionnée du droit. [153-156]

Le juge des requêtes a tenu pour acquis que C avait la « capacité » de prendre la décision concernant le traitement, mais après examen des facteurs pertinents énoncés au par. 2(1) de la *Loi sur les services à l'enfant*

including her wish not to have the treatment, concluded that treatment was in the child's best interests. This decision conformed to the provisions of the Act. While, if time and circumstances permit, it is optimal for a judge to fully consider and give reasoned judgment on all the factors he or she takes into account, proceeding on the assumption of "capacity" — an assumption that favoured C's autonomy interest — was reasonable in these circumstances where a child's life hung in the balance and the need for a decision was urgent. [158-159]

Per Binnie J. (dissenting): Forced medical procedures must be one of the most egregious violations of a person's physical and psychological integrity. The state's interest in ensuring judicial control over the medical treatment of "immature" minors ceases to exist where a "mature" minor under 16 demonstrates the lack of need for any such overriding state control. In such cases, the legitimate object and basis of state intervention in the life of the young person has, by reason of the judge's finding of maturity, disappeared. Whether judges, doctors and hospital authorities agree or disagree with C's objection, the decision belongs to her, as the *Charter* is not just about the freedom to make the wise and correct choice; it also gives her the individual autonomy and the religious freedom to refuse forced medical treatment, even where her life or death hangs in the balance, regardless of what the judge thinks is in her best interest. The state would be justified in taking the decision away from C if there was any doubt about her capacity, as in a situation of urgency, or whether she was acting under the influence of her parents (who are Jehovah's Witnesses). However, these matters were looked into by three psychiatrists at the Winnipeg hospital where the blood transfusion was to be administered, and the psychiatrists concluded, and the applications judge accepted, that C — though 14 months short of reaching 16 years of age — was nevertheless at the material time an individual "with capacity to give or refuse consent to her own medical care". [163-167] [176] [237]

Children may generally be assumed to lack the requisite degree of capacity and maturity to make potentially life-defining decisions. This lack of capacity and maturity provides the state with a legitimate interest in taking the decision-making power away from the young person and vesting it in a judge under the *Child and Family Services Act*. At common law, proof of capacity entitles the "mature minor" to exercise personal autonomy in making medical treatment decisions free of parental or judicial control. While it may be very difficult

et à la famille, dont sa maturité et sa volonté de ne pas recevoir de traitement, il a conclu que le traitement était dans son intérêt. Cette décision est conforme à la Loi. Si le temps et les circonstances le permettent, le juge devrait examiner tous les facteurs et rendre un jugement motivé sur ce fondement. Toutefois, fonder une décision sur une présomption de « capacité » — ce qui favorisait l'intérêt de C en matière d'autonomie — était raisonnable dans les circonstances de l'espèce, où la vie de l'enfant était en jeu et il était urgent de prendre une décision. [158-159]

Le juge Binnie (dissident) : Les interventions médicales forcées constituent probablement l'une des violations les plus intolérables de l'intégrité physique et psychologique d'une personne. L'intérêt qu'a l'État à assurer le contrôle judiciaire du traitement médical des mineurs « immatures » disparaît lorsqu'un mineur « mature » de moins de 16 ans démontre l'inutilité de tout contrôle étatique aussi déterminant. Dans ces cas, compte tenu du fait que le juge a conclu à la maturité, l'intervention de l'État dans la vie de la jeune personne n'a plus aucun objectif et aucun motif légitimes. Peu importe que les juges, les médecins et les autorités de l'hôpital souscrivent ou non à l'objection de C, la décision lui revient, car la *Charte* ne concerne pas seulement la liberté de faire ce qui constituerait un choix judicieux et approprié, elle lui garantit aussi l'autonomie personnelle et la liberté de religion au nom de laquelle elle a le droit de refuser un traitement médical forcé, même s'il s'agit d'une question de vie ou de mort, peu importe ce que le juge pense être dans son intérêt supérieur. L'État aurait raison de retirer à C le pouvoir de décision s'il y avait un doute quant à sa capacité, comme en situation d'urgence, ou si elle agissait sous l'influence de ses parents (qui sont témoins de Jéhovah). Toutefois, trois psychiatres de l'hôpital de Winnipeg, où la transfusion devait être administrée, ont examiné ces questions et ont conclu que C — même s'il lui restait 14 mois pour atteindre l'âge de 16 ans — était néanmoins au moment des faits une personne « capable d'accorder ou de refuser son consentement quant à ses soins médicaux », conclusion acceptée par le juge des requêtes. [163-167] [176] [237]

On peut généralement présumer que les enfants n'ont pas la capacité ni la maturité requises pour prendre des décisions susceptibles de changer leur vie. C'est cette absence de capacité et de maturité qui donne à l'État un intérêt légitime à retirer le pouvoir décisionnel à la jeune personne pour le conférer au juge en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*. En common law, la preuve de la capacité donne au « mineur mature » une autonomie personnelle pour décider de son traitement médical, à l'abri de l'autorité parentale ou du

to persuade a judge that a young person who refuses potentially life-saving medical treatment is a person of full capacity, nonetheless, the *Charter* requires such an opportunity to be given in the case of an adolescent of C's age and maturity. The Act mandates an individualized assessment on a patient-by-patient basis, and courts routinely handle capacity as a live issue under the *Child and Family Services Act* in the case of minors between the ages of 16 and 18. Section 25(8) is unconstitutional because it prevents a person under 16 from establishing that she or he understands the medical condition and the consequences of refusing treatment, and should therefore have the right to refuse treatment whether or not the applications judge considers such refusal to be in the young person's best interests. [175-178]

While it is understandable that judges would instinctively give priority to the sanctity of life, the rejection of the potentially lifesaving effects of blood transfusions by Jehovah's Witnesses is fundamental to their religious convictions. The rights under ss. 2(*a*) and 7 of the *Charter* are given to everyone, including individuals under 16 years old. If a mature minor does in fact understand the nature and seriousness of her medical condition and is mature enough to appreciate the consequences of refusing consent to treatment, then the state's only justification for taking away the autonomy of that young person in such important matters disappears. The young person with capacity is entitled to make the treatment decision, not just to have "input" into a judge's consideration of what the judge believes to be the young person's best interests. [191-192] [202] [207] [214]

The irrebuttable presumption of incapacity to consent to or refuse medical treatment therefore violates C's freedom of religion and her right not to be deprived of her liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. It was rightly conceded that s. 25 violated s. 2(*a*), subject to the s. 1 defence advanced by the government. [211] [215]

With respect to s. 7, C's liberty interest is directly engaged because it is obvious that anyone who refuses a potentially life-saving blood transfusion on religious grounds does so out of a deeply personal and fundamental belief about how they wish to live, or cease to live, in obedience to what they interpret to be God's commandment. Her security interest is also engaged because an unwanted blood transfusion violates the fundamental value of protecting bodily integrity from

contrôle judiciaire. Certes, il peut être très difficile de convaincre le juge que la jeune personne qui refuse un traitement médical pouvant lui sauver la vie est dotée de toute sa capacité mentale. Pourtant, la *Charte* exige qu'un adolescent de l'âge et de la maturité de C ait la possibilité de démontrer sa capacité. La Loi impose l'évaluation personnalisée de chaque patient, et les tribunaux sont régulièrement appelés à trancher, en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, la question de la capacité des mineurs qui ont entre 16 et 18 ans. Le paragraphe 25(8) est inconstitutionnel parce qu'il empêche une personne de moins de 16 ans d'établir qu'elle comprend sa maladie et les conséquences de son refus de traitement et qu'elle devrait donc avoir le droit de refuser le traitement même si le juge des requêtes estime que ce refus n'est pas dans son intérêt. [175-178]

Certes, il est compréhensible que des juges privilégient instinctivement le caractère sacré de la vie, mais il est fondamental pour les Témoins de Jéhovah de refuser, en raison de leurs convictions religieuses, des transfusions de sang pouvant leur sauver la vie. Les droits garantis par l'al. 2*a*) et l'art. 7 de la *Charte* sont reconnus à chacun, y compris les moins de 16 ans. Si un mineur mature comprend effectivement la nature et la gravité de sa maladie et qu'il est suffisamment mature pour apprécier les conséquences du refus de traitement, alors rien ne justifie de priver cette jeune personne de son autonomie relativement à des questions aussi importantes. La jeune personne capable a le droit de prendre la décision concernant le traitement, et non pas seulement de voir son point de vue « pris en compte » dans l'évaluation par le juge de son intérêt supérieur. [191-192] [202] [207] [214]

La présomption irréfutable d'incapacité d'accepter ou de refuser un traitement médical porte donc atteinte à la liberté de religion de C, à son droit de ne pas se voir privée de la liberté ou de la sécurité de sa personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il a été reconnu, à juste titre, que l'art. 25 violait l'al. 2*a*), sous réserve du moyen de défense fondé sur l'article premier invoqué par le gouvernement. [211] [215]

En ce qui concerne l'art. 7, le droit à la liberté de C entre directement en jeu. En effet, il est évident que quiconque, pour des motifs religieux, refuse une transfusion de sang pouvant lui sauver la vie le fait à cause d'une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir, conformément à ce qu'il considère comme étant un commandement de Dieu. Son droit à la sécurité entre également en jeu parce qu'une transfusion sanguine forcée viole la valeur

state interference. The principles of fundamental justice that are breached in this case are both procedural and substantive. In terms of substantive justice, the irrebuttable presumption takes away the personal autonomy of C and other "mature minors" for no valid state purpose. The purpose of the *Child and Family Services Act* is to defend the "best interest" of children who are "in need of protection" — this means, in this context, children who do not have the capacity to make their own decisions about medical treatment. When applied to young persons who possess the requisite capacity, the irrebuttable presumption has "no real relation" to the legislative goal of protecting children who do not possess such capacity. The deprivation in the case of mature minors is thus arbitrary and violates s. 7. In terms of procedural justice, the procedures in the Act are also deficient because they do not afford a young person the opportunity to rebut the very presumption upon which the court's authority to act in the best interests of the young person rests, namely lack of capacity. Where (as in this case) a young person's capacity can fairly be determined in a timely way, s. 25(8)'s failure to leave room for the young person to rebut the presumption of incapacity violates fundamental procedural fairness. [219-225]

The limit imposed by the irrebuttable presumption on C's ss. 2(*a*) and 7 rights is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The care and protection of children is a pressing and substantial legislative objective that is of sufficient importance to justify limiting a *Charter* right. However, the impugned procedure under s. 25 of the Act is not rationally connected to that objective. Since the Act itself acknowledges in s. 25(9) that mature minors 16 and over are presumed to be of sufficient capacity to make their own treatment decisions, it is "arbitrarily unfair or based on irrational considerations" to deny mature minors under 16 the opportunity of demonstrating what in the case of the older mature minors is presumed in their favour. Furthermore, the irrebuttable presumption of incapacity does not impair "as little as possible" the right or freedom in question as shown by the fact that the Manitoba legislature has enacted a rebuttable presumption in other health care statutes. Such a rebuttable presumption provides an available legislative solution that both protects the state interest in looking out for those who lack the capacity to look out for themselves and the need to impair minimally the rights of mature minors under 16 years of age who do not lack that capacity. Finally, the irrebuttable presumption has a disproportionately severe effect on the rights of mature minors under 16 because

fondamentale que représente la protection de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État. Les principes de justice fondamentale violés en l'espèce intéressent autant la procédure que le fond. Pour ce qui est du fond, la présomption irréfutable prive C et les autres « mineurs matures » de leur autonomie personnelle sans objectif étatique valable. La *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* vise à défendre « l'intérêt supérieur » des enfants « ayant besoin de protection », c'est-à-dire, dans le contexte de l'espèce, les enfants qui n'ont pas la capacité de prendre leurs propres décisions en matière de traitement médical. La présomption irréfutable, appliquée aux jeunes personnes dotées de la capacité décisionnelle requise, n'a « aucun lien véritable » avec l'objectif législatif de protéger les enfants qui n'ont pas cette capacité. Dans le cas des mineurs matures, la restriction est arbitraire et, par conséquent, viole l'art. 7. Pour ce qui est des procédures, celles prévues par la Loi sont également déficientes parce qu'elles ne donnent pas aux jeunes la possibilité de réfuter la présomption sur laquelle se fonde le pouvoir du tribunal d'agir dans leur intérêt, à savoir la présomption d'incapacité. Dans les cas, comme en l'espèce, où il est possible de déterminer équitablement la capacité de la jeune personne en temps utile, le fait que le par. 25(8) ne permette pas à celle-ci de réfuter cette présomption d'incapacité viole le droit fondamental à l'équité procédurale. [219-225]

La restriction que la présomption irréfutable impose aux droits garantis à C par l'al. 2*a*) et l'art. 7 ne peut se justifier selon l'article premier de la *Charte*. Le fait de prendre soin des enfants et leur protection constituent un objectif législatif urgent et réel suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte*. Toutefois, la procédure contestée qui est visée à l'art. 25 de la Loi n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. Étant donné que la Loi elle-même reconnaît au par. 25(9) que les mineurs matures d'au moins 16 ans sont présumés être capables de décider par eux-mêmes de leur traitement, le fait de priver les mineurs matures de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer ce qui est présumé être en la faveur des mineurs matures plus âgés est « arbitraire », « inéquitable » ou « fondé sur des considérations irrationnelles ». Par ailleurs, la présomption irréfutable d'incapacité ne porte pas « le moins possible » atteinte au droit ou à la liberté en question, comme le montre le fait que la législature du Manitoba a prévu une présomption réfutable dans d'autres lois sur les soins de santé. Une telle présomption réfutable offre une solution législative qui protège à la fois l'intérêt de l'État à veiller sur ceux qui n'ont pas la capacité de prendre soin d'eux-mêmes et la nécessité de porter atteinte le moins possible aux droits des mineurs matures de moins de 16 ans qui ont

they do not suffer from the lack of capacity or maturity that justifies the state intervention in relation to immature minors. Moreover, the government has not shown that the irrebuttable presumption in the Act produces "proportionality between the deleterious and the salutary effects" because while the mature minor's *Charter* rights are harmed, the state's interest in protecting the health of immature minors is not advanced. [233-237]

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1985] 3 All E.R. 402; *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627; *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *J.S.C. v. Wren* (1986), 76 A.R. 115; *Alberta (Director of Child Welfare) v. H. (B.)*, 2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752, aff'd 2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616, aff'd 2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; **considered:** *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Re E (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1993] 1 F.L.R. 386; *Re S (a minor) (consent to medical treatment)*, [1994] 2 F.L.R. 1065; *Re L (medical treatment: Gillick competency)*, [1998] 2 F.L.R. 810; *Re M (medical treatment: consent)*, [1999] 2 F.L.R. 1097; *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637; *H. (T.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1996), 138 D.L.R. (4th) 144; *Dueck (Re)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 761; *Hôpital Ste-Justine v. Giron*, 2002 CanLII 34269; *U. (C.) (Next friend of) v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1; *Re L.D.K.* (1985), 48 R.F.L. (2d) 164; *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Region 2 Hospital Corp. v. Walker* (1994), 150 N.B.R. (2d) 366; *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, Attorney General of Missouri*, 428 U.S. 52 (1976); *Bellotti, Attorney General of Massachusetts v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979); *Parham, Commissioner,*

cette capacité. Enfin, la présomption irréfutable a un effet d'une gravité disproportionnée sur les droits des mineurs matures de moins de 16 ans parce que, dans leur cas, contrairement à celui des mineurs immatures, il n'y a pas l'absence de capacité ou de maturité qui justifie l'intervention de l'État. Le gouvernement n'a pas prouvé non plus que la présomption irréfutable prévue dans la Loi crée une « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques », car l'intérêt de l'État à protéger la santé des mineurs immatures n'est pas renforcé par la violation des droits garantis par la *Charte* aux mineurs matures. [233-237]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1985] 3 All E.R. 402; *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627; *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177; *J.S.C. c. Wren* (1986), 76 A.R. 115; *Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)*, 2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752, conf. par 2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616, conf. par 2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644, autorisation de pourvoi refusée, [2002] 3 R.C.S. vi; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; **arrêts examinés :** *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; **arrêts mentionnés :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re T (adult : refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Re E (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1993] 1 F.L.R. 386; *Re S (a minor) (consent to medical treatment)*, [1994] 2 F.L.R. 1065; *Re L (medical treatment : Gillick competency)*, [1998] 2 F.L.R. 810; *Re M (medical treatment : consent)*, [1999] 2 F.L.R. 1097; *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637; *H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1996), 138 D.L.R. (4th) 144; *Dueck (Re)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 761; *Hôpital Ste-Justine c. Giron*, 2002 CanLII 34269; *U. (C.) (Next friend of) c. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1; *Re L.D.K.* (1985), 48 R.F.L. (2d) 164; *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Region 2 Hospital Corp. c. Walker* (1994), 150 R.N.-B. (2e) 366; *Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth, Attorney General of Missouri*, 428 U.S. 52 (1976); *Bellotti, Attorney General of Massachusetts c.*

Department of Human Resources of Georgia v. J. R., 442 U.S. 584 (1979); *Cardwell v. Bechtol*, 724 S.W.2d 739 (1987); *Belcher v. Charleston Area Medical Center*, 422 S.E.2d 827 (1992); *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (1989); *In the Matter of Long Island Jewish Medical Center*, 557 N.Y.S.2d 239 (1990); *Novak v. Cobb County-Kennestone Hospital Authority*, 849 F. Supp. 1559 (1994), aff'd 74 F.3d 1173 (1996); *In the Matter of Rena*, 705 N.E.2d 1155 (1999); *Commonwealth v. Nixon*, 761 A.2d 1151 (2000); *Secretary, Department of Health and Community Services v. J.W.B. (Marion's Case)* (1992), 175 C.L.R. 218; *Director General, New South Wales Department of Community Services v. Y.*, [1999] NSWSC 644 (AustLII); *Minister for Health v. A.S.*, [2004] WASC 286, 33 Fam. L.R. 223; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

By McLachlin C.J.

Referred to: *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC

Baird, 443 U.S. 622 (1979); *Parham, Commissioner, Department of Human Resources of Georgia c. J. R.*, 442 U.S. 584 (1979); *Cardwell c. Bechtol*, 724 S.W.2d 739 (1987); *Belcher c. Charleston Area Medical Center*, 422 S.E.2d 827 (1992); *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (1989); *In the Matter of Long Island Jewish Medical Center*, 557 N.Y.S.2d 239 (1990); *Novak c. Cobb County-Kennestone Hospital Authority*, 849 F. Supp. 1559 (1994), conf. par 74 F.3d 1173 (1996); *In the Matter of Rena*, 705 N.E.2d 1155 (1999); *Commonwealth c. Nixon*, 761 A.2d 1151 (2000); *Secretary, Department of Health and Community Services c. J.W.B. (Marion's Case)* (1992), 175 C.L.R. 218; *Director General, New South Wales Department of Community Services c. Y.*, [1999] NSWSC 644 (AustLII); *Minister for Health c. A.S.*, [2004] WASC 286, 33 Fam. L.R. 223; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*

4, [2004] 1 S.C.R. 76; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

By Binnie J. (dissenting)

Starson v. Swayze, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821; *Re C (adult: refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819; *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649; *Re B (adult: refusal of medical treatment)*, [2002] EWHC 429, [2002] 2 All E.R. 449; *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); *Auckland Area Health Board v. Attorney-General*, [1993] 1 N.Z.L.R. 235; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 69 C.C.C. (3d) 450; *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Statutes and Regulations Cited

Age of Majority Act, C.C.S.M. c. A7, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 15.
Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, ss. 1(1) "child", 2, 17, 21(1), 25, 25(8), 25(9), 27(1).
Health Care Directives Act, C.C.S.M. c. H27, s. 4(2).
Mental Health Act, C.C.S.M. c. M110, s. 2.

c. Canada (Procureur général), 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Starson c. Swayze, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Airedale NHS Trust c. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821; *Re C (adult : refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819; *Re T (adult : refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649; *Re B (adult : refusal of medical treatment)*, [2002] EWHC 429, [2002] 2 All E.R. 449; *Cruzan c. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); *Auckland Area Health Board c. Attorney-General*, [1993] 1 N.Z.L.R. 235; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 15.
Loi sur l'âge de majorité, C.P.L.M. ch. A7, art. 1.
Loi sur la santé mentale, C.P.L.M. ch. M110, art. 2.
Loi sur les directives en matière de soins de santé, C.P.L.M. ch. H27, art. 4(2).
Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 1(1) « enfant », 2, 17, 21(1), 25, 25(8), 25(9), 27(1).

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Eur. T.S. No. 164, c. II, art. 6.

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, arts. 3, 5, 12, 14.

Authors Cited

Alderson, Priscilla. "Everyday and medical life choices: decision-making among 8- to 15-year-old school students", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot: Ashgate, 2005, 445.

Alderson, Priscilla. "In the genes or in the stars? Children's competence to consent", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot: Ashgate, 2005, 549.

Ambuel, Bruce, and Julian Rappaport. "Developmental Trends in Adolescents' Psychological and Legal Competence to Consent to Abortion" (1992), 16 *Law & Hum. Behav.* 129.

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2001.

"Blood Transfusion And Outcomes", in *Medical News Today*, April 23, 2009 (online: www.medicalnews today.com/articles/147167.php).

Brazier, Margaret, and Caroline Bridge. "Coercion or caring: analysing adolescent autonomy", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot: Ashgate, 2005, 461.

Bridge, Caroline. "Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment" (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 585.

Buchanan, Allen E., and Dan W. Brock. *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

Dickens, Bernard M. "Medically Assisted Death: *Nancy B.* v. *Hôtel-Dieu de Québec*" (1993), 38 *McGill L.J.* 1053.

Douglas, Gillian. "The Retreat from *Gillick*" (1992), 55 *Mod. L. Rev.* 569.

Dworkin, Gerald. "Consent, Representation, and Proxy Consent", in Willard Gaylin and Ruth Macklin, eds., *Who Speaks For The Child: The Problems of Proxy Consent*. New York: Plenum Press, 1982, 191.

Eekelaar, John. "The Emergence of Children's Rights" (1986), 6 *Oxford J. Legal Stud.* 161.

Eekelaar, John. "The Importance of Thinking that Children Have Rights" (1992), 6 *Int'l J.L. & Fam.* 221.

Eekelaar, John. "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism" (1994), 8 *Int'l J.L. & Fam.* 42.

Traités et autres instruments internationaux

Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, S.T.E. n° 164, ch. II, art. 6.

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3, 5, 12, 14.

Doctrine citée

Alderson, Priscilla. « Everyday and medical life choices : decision-making among 8- to 15-year-old school students », in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot : Ashgate, 2005, 445.

Alderson, Priscilla. « In the genes or in the stars? Children's competence to consent », in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot : Ashgate, 2005, 549.

Ambuel, Bruce, and Julian Rappaport. « Developmental Trends in Adolescents' Psychological and Legal Competence to Consent to Abortion » (1992), 16 *Law & Hum. Behav.* 129.

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2001.

« Blood Transfusion And Outcomes », in *Medical News Today*, April 23, 2009 (online : www.medicalnews today.com/articles/147167.php).

Brazier, Margaret, and Caroline Bridge. « Coercion or caring : analysing adolescent autonomy », in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law*. Aldershot : Ashgate, 2005, 461.

Bridge, Caroline. « Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 585.

Buchanan, Allen E., and Dan W. Brock. *Deciding for Others : The Ethics of Surrogate Decision Making*. Cambridge : Cambridge University Press, 1990.

Dickens, Bernard M. « Medically Assisted Death : *Nancy B.* v. *Hôtel-Dieu de Québec* » (1993), 38 *R.D. McGill* 1053.

Douglas, Gillian. « The Retreat from *Gillick* » (1992), 55 *Mod. L. Rev.* 569.

Dworkin, Gerald. « Consent, Representation, and Proxy Consent », in Willard Gaylin and Ruth Macklin, eds., *Who Speaks For The Child : The Problems of Proxy Consent*. New York : Plenum Press, 1982, 191.

Eekelaar, John. « The Emergence of Children's Rights » (1986), 6 *Oxford J. Legal Stud.* 161.

Eekelaar, John. « The Importance of Thinking that Children Have Rights » (1992), 6 *Int'l J.L. & Fam.* 221.

Eekelaar, John. "White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts — Again" (1993), 109 *L.Q. Rev.* 182.

Ferguson, Lucinda. "The End of an Age: Beyond Age Restrictions for Minors' Medical Treatment Decisions". Paper prepared for the Law Commission of Canada. Ottawa: The Commission, October 29, 2004.

Ferguson, Lucinda. "Trial by Proxy: How Section 15 of the *Charter* Removes Age from Adolescence" (2005), 4 *J.L. & Equality* 84.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*, 2nd ed. London: LexisNexis UK, 2003.

Freeman, Michael. "Removing rights from adolescents" (1993), 17 *Adoption & Fostering* 14.

Freeman, Michael D. A. *The Rights and Wrongs of Children*. London: Pinter, 1983.

Gilmour, Joan M. "Death and Dying", in Mary Jane Dykeman et al., eds., *Canadian Health Law Practice Manual*. Toronto: Butterworths, 2000 (loose-leaf updated November 2008, issue 29), 8.01.

Gilmour, Joan M. "Death, Dying and Decision-making about End of Life Care", in Jocelyn Downie, Timothy Caulfield and Colleen M. Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 437.

Hartman, Rhonda Gay. "Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making" (2002), 28 *Am. J. L. & Med.* 409.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

Levine, Saul. "Informed Consent of Minors in Crucial and Critical Health Care Decisions", in Aaron H. Esman, ed., *Adolescent Psychiatry: The Annals of the American Society for Adolescent Psychiatry*, vol. 25. Hillsdale, N.J.: Analytic Press, 2000, 203.

Lewis, Catherine C. "A Comparison of Minors' and Adults' Pregnancy Decisions" (1980), 50 *Amer. J. Orthopsychiat.* 446.

Manitoba. Law Reform Commission. *Minors' Consent to Health Care*, Report #91. Winnipeg: The Commission, 1995.

Mason, John Kenyon. *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, 2nd ed. Aldershot: Dartmouth, 1998.

Masson, Judith. "Re W: appealing from the golden cage" (1993), 5 *J. Child L.* 37.

Meisel, Alan. "The Legal Consensus About Forgoing Life-Sustaining Treatment: Its Status and Its Prospects" (1992), 2 *Kennedy Inst. of Ethics J.* 309.

Munby, Sir James. "Consent to Treatment: Children and the Incompetent Patient", in Andrew Grubb, ed., assisted by Judith Laing, *Principles of Medical Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, 205.

Eekelaar, John. « The Interests of the Child and the Child's Wishes : The Role of Dynamic Self-Determinism » (1994), 8 *Int'l J.L. & Fam.* 42.

Eekelaar, John. « White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts — Again » (1993), 109 *L.Q. Rev.* 182.

Ferguson, Lucinda. « The End of an Age : Beyond Age Restrictions for Minors' Medical Treatment Decisions ». Paper prepared for the Law Commission of Canada. Ottawa : The Commission, October 29, 2004.

Ferguson, Lucinda. « Trial by Proxy : How Section 15 of the *Charter* Removes Age from Adolescence » (2005), 4 *J.L. & Equality* 84.

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*, 2nd ed. London : LexisNexis UK, 2003.

Freeman, Michael. « Removing rights from adolescents » (1993), 17 *Adoption & Fostering* 14.

Freeman, Michael D. A. *The Rights and Wrongs of Children*. London : Pinter, 1983.

Gilmour, Joan M. « Death and Dying », in Mary Jane Dykeman et al., eds., *Canadian Health Law Practice Manual*. Toronto : Butterworths, 2000 (loose-leaf updated November 2008, issue 29), 8.01.

Gilmour, Joan M. « Death, Dying and Decision-making about End of Life Care », in Jocelyn Downie, Timothy Caulfield and Colleen M. Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007, 437.

Hartman, Rhonda Gay. « Coming of Age : Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making » (2002), 28 *Am. J. L. & Med.* 409.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

Levine, Saul. « Informed Consent of Minors in Crucial and Critical Health Care Decisions », in Aaron H. Esman, ed., *Adolescent Psychiatry : The Annals of the American Society for Adolescent Psychiatry*, vol. 25. Hillsdale, N.J. : Analytic Press, 2000, 203.

Lewis, Catherine C. « A Comparison of Minors' and Adults' Pregnancy Decisions » (1980), 50 *Amer. J. Orthopsychiat.* 446.

Manitoba. Commission de réforme du droit. *Minors' Consent to Health Care*, Report #91. Winnipeg : La Commission, 1995.

Mason, John Kenyon. *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, 2nd ed. Aldershot : Dartmouth, 1998.

Masson, Judith. « Re W : appealing from the golden cage » (1993), 5 *J. Child L.* 37.

Meisel, Alan. « The Legal Consensus About Forgoing Life-Sustaining Treatment : Its Status and Its Prospects » (1992), 2 *Kennedy Inst. of Ethics J.* 309.

Rosato, Jennifer L. "Let's Get Real: Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making" (2001-2002), 51 *DePaul L. Rev.* 769.

Ross, Lainie Friedman. "Health Care Decisionmaking by Children: Is It in Their Best Interest?", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot: Ashgate, 2005, 487.

Rozovsky, Lorne Elkin. *The Canadian Law of Consent to Treatment*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003.

Scofield, Giles R. "Is the Medical Ethicist an 'Expert'?" (1994), 3(1) *Bioethics Bulletin* 1.

Scott, Elizabeth S. "The Legal Construction of Adolescence" (2000-2001), 29 *Hofstra L. Rev.* 547.

Sneiderman, Barney, John C. Irvine and Philip H. Osborne. *Canadian Medical Law*, 3rd ed., c. 20, "The Mature Minor Patient and the Refusal of Treatment". Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2003.

Weithorn, Lois A., and Susan B. Campbell. "The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions" (1982), 53 *Child Dev.* 1589.

Will, Jonathan F. "My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs" (2005-2006), 22 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 233.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Huband, Steel and Hamilton JJ.A.), 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163, 389 W.A.C. 163, 276 D.L.R. (4th) 41, [2007] 4 W.W.R. 62, 151 C.R.R. (2d) 191, [2007] M.J. No. 26 (QL), 2007 CarswellMan 28, affirming an order of Kaufman J. Appeal dismissed, Binnie J. dissenting.

David C. Day, Q.C., and *Allan Ludkiewicz*, for the appellant A.C. (child).

Shane H. Brady, for the appellants A.C. and A.C. (parents).

Norm Cuddy, Alfred Thiessen and *Kristian J. Janovcik*, for the respondent.

Deborah L. Carlson and *Nathaniel Carnegie*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Munby, Sir James. « Consent to Treatment : Children and the Incompetent Patient », in Andrew Grubb, ed., assisted by Judith Laing, *Principles of Medical Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2004, 205.

Rosato, Jennifer L. « Let's Get Real : Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making » (2001-2002), 51 *DePaul L. Rev.* 769.

Ross, Lainie Friedman. « Health Care Decisionmaking by Children : Is It in Their Best Interest? », in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot : Ashgate, 2005, 487.

Rozovsky, Lorne Elkin. *The Canadian Law of Consent to Treatment*, 3rd ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2003.

Scofield, Giles R. « Is the Medical Ethicist an "Expert"? » (1994), 3(1) *Bioethics Bulletin* 1.

Scott, Elizabeth S. « The Legal Construction of Adolescence » (2000-2001), 29 *Hofstra L. Rev.* 547.

Sneiderman, Barney, John C. Irvine and Philip H. Osborne. *Canadian Medical Law*, 3rd ed., c. 20, « The Mature Minor Patient and the Refusal of Treatment ». Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2003.

Weithorn, Lois A., and Susan B. Campbell. « The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions » (1982), 53 *Child Dev.* 1589.

Will, Jonathan F. « My God My Choice : The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs » (2005-2006), 22 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Huband, Steel et Hamilton), 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163, 389 W.A.C. 163, 276 D.L.R. (4th) 41, [2007] 4 W.W.R. 62, 151 C.R.R. (2d) 191, [2007] M.J. No. 26 (QL), 2007 CarswellMan 28, qui a confirmé une ordonnance du juge Kaufman. Pourvoi rejeté, le juge Binnie est dissident.

David C. Day, c.r., et *Allan Ludkiewicz*, pour l'appelante A.C. (enfant).

Shane H. Brady, pour les appelants A.C. et A.C. (parents).

Norm Cuddy, Alfred Thiessen et *Kristian J. Janovcik*, pour l'intimé.

Deborah L. Carlson et *Nathaniel Carnegie*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Neena Sharma and *Karrie Wolfe*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Margaret Unsworth, *Q.C.*, and *Lillian Riczu*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Cheryl Milne and *Mary Birdsell*, for the intervener Justice for Children and Youth.

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

[1] ABELLA J. — One of the most sensitive decisions a judge can make in family law is in connection with the authorization of medical treatment for children. It engages the most intensely complicated constellation of considerations and its consequences are inevitably profound.

[2] When a child under 16 is apprehended in Manitoba pursuant to the *Child and Family Services Act*, C.C.S.M. c. C80, and where the child or his or her parents refuse essential medical treatment, the court may authorize treatment that it considers to be "in the best interests" of the child. If the apprehended child is 16 or over, no medical treatment can be ordered by the court without the child's consent unless the court is satisfied that the child lacks the ability to understand either the relevant information or the consequences of the treatment decision.

[3] The main issue in this appeal is whether those provisions of the *Child and Family Services Act* are constitutional. In my view, if the young person's best interests are interpreted in a way that sufficiently respects his or her maturity in a particular medical decision-making context, the constitutionality of the legislation is preserved.

[4] I acknowledge that because we are dealing with the inherent imprecision of childhood and adolescent development, maturity is necessarily an imprecise standard. There is no judicial divining rod that leads to a "eureka" moment for its discovery; it depends on the court's assessment of the adolescent, his or her circumstances and ability

Neena Sharma et *Karrie Wolfe*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Margaret Unsworth, *c.r.*, et *Lillian Riczu*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Cheryl Milne et *Mary Birdsell*, pour l'intervenante Justice for Children and Youth.

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

[1] LA JUGE ABELLA — En droit de la famille, les décisions en matière d'autorisation de traitement médical visant un enfant figurent parmi les plus délicates à prendre, car elles soulèvent une pléiade de questions d'une extrême complexité et sont inévitablement lourdes de conséquences.

[2] Lorsqu'un enfant de moins de 16 ans est appréhendé au Manitoba sous le régime de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. ch. C80, et que ses parents ou lui-même refusent un traitement médical essentiel, le tribunal peut autoriser le traitement qu'il juge être dans « l'intérêt supérieur » de l'enfant. Il ne peut toutefois ordonner un traitement médical pour un enfant de 16 ans ou plus sans son consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision ou les conséquences de celle-ci.

[3] En l'espèce, il s'agit principalement de décider si les dispositions contestées de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* sont constitutionnelles. À mon avis, si l'interprétation de l'intérêt supérieur de la jeune personne tient suffisamment compte de sa maturité dans le contexte des décisions médicales, la constitutionnalité de la disposition en cause est préservée.

[4] Je reconnais que, la question du développement des enfants et des adolescents étant fondamentalement imprécise, la maturité est forcément un critère imprécis. Les tribunaux ne disposent pas d'une baguette divinatoire pour découvrir la maturité de l'enfant; celle-ci dépend de l'appréciation, par le tribunal, de l'adolescent, de sa situation et de sa

to exercise independent judgment, and the nature and consequences of the decision at issue. But I am nonetheless strongly of the view that in order to respect an adolescent's evolving right to autonomous medical decision making, a thorough assessment of maturity, however difficult, is required in determining his or her best interests.

BACKGROUND

[5] A.C. was 14 years and 10 months old when she was admitted to the hospital on April 12, 2006. She suffered an episode of lower gastrointestinal bleeding as a result of Crohn's disease. A.C. is a Jehovah's Witness who believes that her religion requires that she abstain from receiving blood.

[6] A few months before her admission to the hospital, A.C. had completed an "advance medical directive" with written instructions that she not receive blood transfusions under any circumstances. On April 13, the day after A.C.'s admission, Dr. Stanley Lipnowski, the doctor treating her at the hospital, requested that the hospital's Department of Psychiatry undertake an assessment of A.C. "to determine capability to understanding death". The report, completed by three psychiatrists that night between 10:00 p.m. and 11:45 p.m. after an interview with the girl and her parents, did not use the word "capacity". Instead, the report indicated that A.C. was "alert and cooperative . . . very well spoken. Mood 'fairly good'. . . . [B]right, [slightly] teary at times, full range and appropriate". Her parents fully supported A.C.'s decision and told the psychiatrists that A.C. "treasures her relationship with God and does not want to jeopardize it, that she understands her disease and what is happening". The report concluded that A.C. had "no psychiatric illness at present" and that:

> The patient understands the reason why a transfusion may be recommended, and the consequences of refusing to have a transfusion.

[7] At the time of her assessment, A.C.'s condition was stable and continued to stabilize for a few

capacité d'exercer un jugement indépendant, ainsi que de la nature et des conséquences de la décision en cause. Je suis néanmoins fermement convaincue que pour respecter le droit en constante évolution de l'adolescent de prendre par lui-même des décisions médicales, le tribunal doit évaluer de façon approfondie sa maturité, aussi difficile que soit la tâche, pour déterminer son intérêt supérieur.

LE CONTEXTE

[5] A.C. était âgée de 14 ans et 10 mois lorsqu'elle a été admise à l'hôpital, le 12 avril 2006, pour des saignements du tractus gastro-intestinal inférieur causés par la maladie de Crohn. A.C. est un témoin de Jéhovah qui croit que sa religion lui interdit de recevoir des transfusions de sang.

[6] Quelques mois avant son admission à l'hôpital, A.C. avait rédigé une « directive médicale préalable » portant qu'en aucun cas elle ne devait recevoir de transfusion de sang. Le 13 avril, soit le lendemain de son admission, le D[r] Stanley Lipnowski, son médecin traitant à l'hôpital, a demandé au département de psychiatrie de l'hôpital d'évaluer A.C. pour [TRADUCTION] « déterminer sa capacité de comprendre qu'elle peut en mourir ». Le rapport, préparé par trois psychiatres ce soir-là entre 22 h et 23 h 45, après un entretien avec la fille et ses parents, ne mentionne pas le mot « capacité ». Il donne plutôt les indications suivantes : A.C. était [TRADUCTION] « éveillée », s'est montrée « coopérative » et « s'exprimait très bien; Humeur : "assez bonne". [. . .] [J]oviale, [légèrement] larmoyante parfois, gamme complète et bonne ». Les parents d'A.C. appuient entièrement sa décision et mentionnent aux psychiatres qu'elle [TRADUCTION] « attache une grande valeur à sa relation avec Dieu et ne veut pas la mettre en péril, qu'elle comprend sa maladie et ce qui lui arrive ». Le rapport conclut qu'A.C. n'a [TRADUCTION] « actuellement pas de maladie psychiatrique » et que :

> [TRADUCTION] La patiente comprend pourquoi une transfusion peut être recommandée ainsi que les conséquences du refus de transfusion.

[7] Au moment de son évaluation, l'état d'A.C. était stable et a continué à se stabiliser pendant

days, but on the morning of April 16, she experienced more internal bleeding. Her doctors wanted to give her a blood transfusion. She refused.

[8] As a result, the Director of Child and Family Services ("Director") apprehended her as a child in need of protection under the *Child and Family Services Act*.

[9] A court order was requested under ss. 25(8) and 25(9) of that Act, authorizing qualified medical personnel to administer blood transfusions to A.C. as deemed necessary by the attending physician. Those provisions state:

25(8) Subject to subsection (9), upon completion of a hearing, the court may authorize a medical examination or any medical or dental treatment that the court considers to be in the best interests of the child.

25(9) The court shall not make an order under subsection (8) with respect to a child who is 16 years of age or older without the child's consent unless the court is satisfied that the child is unable

(a) to understand the information that is relevant to making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment; or

(b) to appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment.

[10] The emergency application was heard by Kaufman J. Counsel for the Director was in the courtroom. Others, including Dr. Lipnowski, counsel for the Winnipeg Regional Health Authority, counsel for A.C.'s parents, a social worker, and A.C.'s father, were together in a hospital boardroom and participated in the hearing by conference call. A.C. did not participate.

[11] Dr. Lipnowski's evidence was that the transfusions were necessary because the risk to A.C. if she did not receive blood was "significant":

quelques jours, mais dans la matinée du 16 avril elle a eu d'autres saignements internes. Ses médecins ont voulu lui donner une transfusion de sang. Elle a refusé.

[8] Par suite du refus, le directeur des services à l'enfant et à la famille (« Directeur ») l'a appréhendée en tant qu'enfant ayant besoin de protection, en vertu de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*.

[9] On a demandé au tribunal de rendre l'ordonnance prévue aux par. 25(8) et (9) de la Loi, autorisant le personnel médical qualifié à administrer à A.C. les transfusions sanguines jugées nécessaires par le médecin traitant. Voici le texte de ces dispositions :

25(8) Sous réserve du paragraphe (9), la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant.

25(9) La Cour ne peut rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (8) sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut :

a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;

b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire.

[10] La demande d'urgence a été entendue par le juge Kaufman. L'avocat du Directeur était présent dans la salle d'audience. D'autres personnes, notamment le D[r] Lipnowski, l'avocat de l'office régional de la santé de Winnipeg, l'avocat des parents d'A.C., un travailleur social et le père d'A.C. se trouvaient dans une salle de réunion de l'hôpital et ont participé à l'audience par téléconférence. A.C. n'y a pas pris part.

[11] Dans son témoignage, le D[r] Lipnowski a attesté de la nécessité des transfusions, sans lesquelles A.C. courrait un risque [TRADUCTION] « important » :

[T]he longer she goes without, the more the risk is of her having serious oxygen deprivation to the point where [if] for argument sake she's not getting enough oxygen to her kidneys, they will shut down and cause essential poisoning of her system. If she does not get enough oxygen to her brain she can conceivably have seizures and other manifestations of the brain that will contribute to a faster demise or death. [A.R., at p. 171]

[12] Kaufman J. granted the treatment order. At the urging of her counsel, he agreed to proceed on the assumption that A.C. had "capacity" to make medical decisions because, in his view, her capacity was irrelevant to his task. Even though she did not wish to receive blood, he concluded that when a child is under 16 years old, "there are no legislated restrictions of the authority" on the court's ability to order medical treatment in the child's "best interests" under s. 25(8) of the *Child and Family Services Act*. He was satisfied, based on the testimony of Dr. Lipnowski, that A.C. was "in immediate danger as the minutes go by, if not [of] death, then certainly serious damage".

[13] About six hours later, A.C. was given three units of blood. The treatments were successful and A.C. recovered. On May 1, the Director's application was withdrawn.

[14] A.C. and her parents appealed the order of Kaufman J. on alternative grounds. First, they argued that s. 25(8) of the Act, and the "best interests" test contained in it, applies only to minors under 16 without capacity, and so should not have been applied to A.C. Alternatively, they argued that ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act* were unconstitutional because they unjustifiably infringed A.C.'s rights under ss. 2(*a*), 7 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which state:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

[TRADUCTION] [P]lus les transfusions tardent, plus le risque de privation d'oxygène augmente, au point où, à titre d'exemple, l'oxygénation des reins pourrait être déficiente, ce qui causerait une insuffisance rénale et entraînerait l'empoisonnement de tout son système. Si son cerveau n'est pas assez oxygéné, il est possible qu'elle ait des convulsions ou d'autres manifestations cérébrales, qui pourront précipiter sa mort. [d.a., p. 171]

[12] Le juge Kaufman a accordé l'ordonnance de traitement. Sur les instances de l'avocat d'A.C., il a accepté de partir de l'hypothèse que celle-ci avait la « capacité » de prendre des décisions médicales, parce qu'à son avis sa capacité n'avait rien à voir avec la tâche qu'il doit accomplir. Malgré le refus d'A.C. de recevoir du sang, il a conclu que, dans le cas d'un enfant de moins de 16 ans, [TRADUCTION] « aucune restriction législative ne s'appliquait au pouvoir » du tribunal d'ordonner en vertu du par. 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* les traitements médicaux qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant. Se fondant sur le témoignage du D[r] Lipnowski, il était convaincu qu'A.C. courait le [TRADUCTION] « risque immédiat, sinon de mourir, certainement de subir un grave dommage d'une minute à l'autre ».

[13] Environ six heures plus tard, A.C. a reçu trois unités de sang. Les traitements ont donné de bons résultats, et A.C. s'est rétablie. Le 1[er] mai, le Directeur s'est désisté de sa demande.

[14] A.C. et ses parents ont interjeté appel de l'ordonnance du juge Kaufman en se fondant sur deux moyens. Premièrement, ils ont fait valoir que le par. 25(8) de la Loi — et le critère de « l'intérêt » de l'enfant qui y est prévu — ne s'applique qu'aux mineurs de moins de 16 ans dépourvus de la capacité décisionnelle et qu'il n'aurait donc pas dû s'appliquer à A.C. Subsidiairement, ils ont soutenu que les par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* sont inconstitutionnels parce qu'ils portent indûment atteinte aux droits conférés à A.C. par l'al. 2*a*), l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont voici le texte :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[15] On appeal, Steel J.A., for a unanimous court, confirmed at the outset that the issue was not A.C.'s capacity, stating:

> The court confirmed with counsel that this court would deal with the interpretation of the legislation on the same basis as the motions judge; that is, that s. 25(8) was based on the best interests test even if the minor had capacity. Therefore, this would not be a decision as to whether the minor in question, A.C., had capacity in this particular case. [para. 21]

She rejected A.C.'s argument that s. 25(8) applies only to children under 16 without capacity: 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163. The Court of Appeal concluded that the legislation ousts the common law principles relating to "mature minors", and instead empowers the court to make treatment decisions for those under 16, with or without capacity, based on a "best interests" test. A child's wishes and capacity are relevant to the analysis, but not determinative. She concluded that the *Child and Family Services Act* formed "a complete and exclusive code for dealing with refusal of medical treatment in circumstances where an application is made under s. 25 of the *CFSA*" (para. 61).

[16] In evaluating the strength of A.C.'s claim under s. 7 of the *Charter*, Steel J.A. identified the competing interests at stake as being the interest an adolescent has in his or her personal autonomy and, on the other hand, the state's interest in the protection of children and the sanctity of life. In her view, s. 25 of the *Child and Family Services Act* successfully balanced these interests. It was

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[15] Dans un jugement unanime rendu par la juge Steel, la Cour d'appel a confirmé dès le départ que le débat ne portait pas sur la capacité d'A.C. :

> [TRADUCTION] La cour a confirmé auprès de l'avocat qu'elle aborderait la question de l'interprétation de la disposition législative de la même façon que le juge des requêtes, à savoir que le par. 25(8) est fondé sur le critère de l'intérêt de l'enfant même si le mineur est capable. Par conséquent, il ne s'agit pas de décider si la mineure en question, A.C., avait la capacité requise en l'espèce. [par. 21]

Elle a rejeté l'argument d'A.C. selon lequel le par. 25(8) ne s'applique qu'aux enfants de moins de 16 ans dépourvus de la capacité décisionnelle : 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163. Elle a conclu que la loi supplante les principes de common law applicables aux « mineurs matures » et qu'elle habilite plutôt le tribunal à décider du traitement médical des enfants de moins de 16 ans, jouissant ou non de la capacité décisionnelle, en fonction du critère de « l'intérêt » de l'enfant. Les volontés et la capacité de celui-ci sont pertinentes pour l'analyse, mais non déterminantes. Selon la juge, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* forme [TRADUCTION] « un code complet et exclusif régissant le refus de traitement médical dans le contexte des demandes présentées en vertu de l'art. 25 de la *LSEF* » (par. 61).

[16] Pour évaluer la solidité de l'argument d'A.C. fondé sur l'art. 7 de la *Charte*, la juge Steel a considéré que les intérêts opposés en jeu sont le droit à l'autonomie personnelle des adolescents et l'intérêt de l'État à protéger les enfants et le caractère sacré de la vie. À son avis, l'art. 25 de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* parvenait à concilier ces intérêts. Il n'était pas [TRADUCTION] « arbitraire »

not "arbitrary" to adopt the age of 16 as the "presumptive line", because it cannot be said that the law "bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]" (para. 79, citing *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 594-95).

[17] Four foundations grounded Steel J.A.'s conclusion that the threshold age of 16 was not arbitrary:

> First, a fixed age has been chosen as the dividing line for other purposes regarding children and fundamental life choices. We do not allow children, whether they are mature minors or not, to determine whether to attend school, to determine where to live when their parents divorce (although their wishes may be considered) or to decide to marry. Second, the requirement for an individual assessment in the case of a child under 16 may not adequately protect children in an emergency situation where a court must consider a wide variety of variables, including the different physical, emotional and intellectual maturity of each child in a time-limited situation. Third, the level for intervention is life threatening. In this type of situation, the state has chosen a measured policy which allows for less discretion on the part of younger teenagers and more discretion on the part of older teenagers.
>
> Finally, the determination is made within the context of a best interests test, taking into account the child's wishes and capacity. The best interests test has been used historically and is internationally recognized. [paras. 79-80]

[18] The Court of Appeal also concluded that any breach of A.C.'s s. 2(*a*) right to freedom of religion was justified under s. 1 of the *Charter*. The objective of the legislation, "protecting the life and health of children", was clearly pressing and substantial. The rational connection and minimal impairment branches of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) were also met for substantially the same reasons that led the court to conclude that the scheme did not violate s. 7.

[19] Finally, Steel J.A. found that there was no breach of s. 15, A.C.'s equality rights, because

d'établir à 16 ans [TRADUCTION] « l'âge charnière de la présomption » parce qu'on ne pouvait pas considérer que la loi « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé » (par. 79, citant *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 595).

[17] La conclusion de la juge Steel qu'il n'était pas arbitraire de fixer le seuil à 16 ans reposait sur quatre fondements :

> [TRADUCTION] Premièrement, en ce qui concerne les enfants et les choix fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie, une ligne de partage fondée sur un âge déterminé a été appliquée à d'autres fins. Nous ne permettons pas que des enfants, matures ou non, prennent des décisions en matière de fréquentation scolaire, de lieu de résidence en cas de divorce de leurs parents (bien que leurs volontés puissent être prises en compte) ou de mariage. Deuxièmement, l'exigence d'une évaluation individuelle pour les enfants de moins de 16 ans pourrait ne pas leur assurer une protection adéquate dans une situation d'urgence où le tribunal doit prendre en compte une myriade de facteurs, notamment la maturité physique, émotive et intellectuelle différente de chaque enfant, alors que le temps presse. Troisièmement, l'intervention n'a lieu que lorsque la vie est menacée. Dans ce genre de situation, l'État a choisi une mesure modérée qui accorde moins de pouvoir discrétionnaire aux jeunes adolescents et davantage aux plus vieux.
>
> Enfin, la décision se prend en fonction de l'intérêt de l'enfant, compte tenu de ses volontés et de sa capacité. Le recours au critère de l'intérêt supérieur de l'enfant est une pratique qui a cours tout au long de l'histoire et il est reconnu internationalement. [par. 79-80]

[18] La Cour d'appel a aussi conclu que toute violation du droit à la liberté de religion garanti à A.C. par l'al. 2*a*) était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Selon elle, l'objectif de la loi, à savoir [TRADUCTION] « la protection de la vie et de la santé des enfants », était clairement urgent et réel. Pour essentiellement les mêmes raisons que celles qui l'avaient amenée à conclure que la loi ne contrevenait pas à l'art. 7, la cour a estimé que celle-ci satisfaisait en outre aux exigences de lien rationnel et d'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

[19] Enfin, la juge Steel a conclu qu'il n'y avait pas atteinte aux droits à l'égalité garantis à A.C. par

there was no "arbitrary marginalization" of children since the legislation "attempts to respond to the dependency and reduced maturity of children as a group" (para. 105).

[20] Steel J.A. offered some concluding guidance for the judicial conduct of these difficult proceedings. The procedure "must be adapted to the nature of the medical emergency that exists" and "should be conducted with appropriate procedural safeguards" (para. 110), but the opinions of medical personnel are not determinative. The court should, as directed by the *Child and Family Services Act*, and, "where possible", give the child "a meaningful, age-appropriate opportunity to participate in the proceedings" (para. 113) and take those views into account.

[21] I agree with Steel J.A. that the provisions are constitutional and I agree with much of her thoughtful analysis. With respect, however, I disagree with her interpretive conclusion that s. 25(8) of the Act "treats all minors under 16 the same way" (para. 49). In my view, to be constitutionally compliant, the interpretation of "best interests" in s. 25(8) of the Act requires that sufficient account be taken of a particular adolescent's maturity in any given medical treatment context.

[22] It is a sliding scale of scrutiny, with the adolescent's views becoming increasingly determinative depending on his or her ability to exercise mature, independent judgment. The more serious the nature of the decision, and the more severe its potential impact on the life or health of the child, the greater the degree of scrutiny that will be required.

[23] This interpretation of the "best interests" standard in s. 25(8) of the Act is not only more consistent with the actual developmental reality of young people; it is also conceptually consistent with the evolutionary development of the common law "mature minor" doctrine in both the Canadian and

l'art. 15, car la loi n'entraînait pas de [TRADUCTION] « marginalisation arbitraire » des enfants puisqu'elle tentait de [TRADUCTION] « répondre à la dépendance et à la maturité incomplète des enfants en tant que groupe » (par. 105).

[20] En concluant ses motifs, la juge Steel a formulé quelques conseils à l'intention des tribunaux saisis de ces difficiles questions, indiquant que la procédure [TRADUCTION] « doit être adaptée à la nature de l'urgence médicale en cause » et qu'elle « devrait comporter les garanties procédurales appropriées » (par. 110), mais que l'opinion du personnel médical n'est pas déterminante. Le tribunal doit, conformément à la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* [TRADUCTION] « dans la mesure du possible », fournir à l'enfant « une possibilité réelle, correspondant à son âge, de participer à l'instance » (par. 113) et tenir compte de son opinion.

[21] Comme la juge Steel, j'estime que les dispositions sont constitutionnelles et je souscris dans une large mesure à son analyse fouillée. Je ne puis toutefois pas partager sa conclusion selon laquelle le par. 25(8) de la Loi [TRADUCTION] « traite de la même façon tous les mineurs de moins de 16 ans » (par. 49). À mon avis, pour que l'interprétation de « l'intérêt » de l'enfant dont fait état le par. 25(8) soit conforme à la Constitution, il faut tenir suffisamment compte de la maturité de l'adolescent visé eu égard au traitement médical en cause.

[22] L'examen est effectué selon une échelle variable, l'opinion de l'adolescent devenant de plus en plus déterminante selon sa capacité d'exercer un jugement mature et indépendant. Plus la décision est de nature sérieuse et plus elle risque d'avoir une incidence grave sur la vie ou la santé de l'enfant, plus l'examen doit être rigoureux.

[23] Non seulement cette interprétation du critère de « l'intérêt » de l'enfant énoncé au par. 25(8) permet de respecter davantage le développement réel des jeunes, mais encore elle est, sur le plan conceptuel, compatible avec l'évolution du principe du « mineur mature » en common law dans

international jurisprudence. Under this doctrine, courts have readily accepted that an adolescent's treatment wishes should be granted a degree of deference that is reflective of his or her evolving maturity. Notably, however, they have rarely viewed this mandate as being inconsistent with their overarching responsibility to protect children from harm.

ANALYSIS

[24] Under the *Child and Family Services Act*, where either the child or the child's parents refuse to consent to recommended medical treatment, the court has the power under s. 25(8) to consider whether authorizing treatment against the wishes of the parents and/or child is in the child's best interests. Section 25(9) presumes that the best interests of a child 16 or over will be most effectively promoted by allowing the child's views to be determinative, unless it can be shown that the child lacks the maturity to understand the decision or appreciate its consequences. Where the child is under 16, no such presumption exists.

[25] The heart of A.C.'s constitutional argument is that there is, in essence, an irrebuttable presumption of incapacity in the Act for those under 16, and that this renders ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act* contrary to ss. 2(*a*), 7 and 15 of the *Charter*. She does not challenge the constitutionality of a cut-off age of 16; she challenges the constitutionality of depriving those under 16 of an opportunity to prove that they too have sufficient maturity to direct the course of their medical treatment. Her submission is that at common law, mature minors, similar to adults, have the capacity to decide their own medical care. In failing to recognize this "deeply rooted" right, the statutory scheme, she argues, infringes the *Charter*.

[26] Her s. 7 argument is that the provisions infringe her liberty and security interests and are contrary to the principles of fundamental justice because the inability of those under 16 to prove

la jurisprudence tant canadienne qu'internationale. Selon ce principe, les tribunaux ont facilement accepté que l'on respecte dans une certaine mesure les volontés de l'adolescent en matière de traitement, compte tenu du développement de sa maturité. Il importe toutefois de signaler qu'ils ont rarement considéré ce mandat comme incompatible avec leur responsabilité primordiale de protéger les enfants.

ANALYSE

[24] Selon la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, lorsque l'enfant ou ses parents refusent de consentir à un traitement médical recommandé, le tribunal peut, en vertu du par. 25(8), examiner si l'autorisation du traitement contre la volonté des parents ou de l'enfant est dans l'intérêt de celui-ci. Le paragraphe 25(9) présume que l'intérêt supérieur de l'enfant qui a au moins 16 ans sera le mieux servi si ses opinions jouent un rôle décisif dans la décision, à moins qu'il ne soit établi que l'enfant n'a pas la maturité requise pour comprendre la décision et évaluer ses conséquences. Il n'existe pas une telle présomption pour les moins de 16 ans.

[25] L'argument constitutionnel d'A.C. repose fondamentalement sur le fait que la Loi établit essentiellement une présomption irréfutable d'incapacité à l'égard des moins de 16 ans, ce qui rend les par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* contraires à l'al. 2*a*) et aux art. 7 et 15 de la *Charte*. A.C. ne conteste pas la constitutionnalité de l'âge limite de 16 ans; elle soutient plutôt qu'il est inconstitutionnel de priver les moins de 16 ans de la possibilité de prouver qu'ils possèdent eux aussi une maturité suffisante pour décider de leur traitement médical. Son argument est qu'en common law les mineurs matures, tout comme les adultes, ont la capacité de décider de leurs soins médicaux. En ne reconnaissant pas ce droit « fermement ancré », le régime législatif contrevient, selon elle, à la *Charte*.

[26] Se fondant sur l'art. 7, elle fait valoir que les dispositions en cause portent atteinte à son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et contreviennent aux principes de justice fondamentale parce

capacity is an arbitrary restriction. She argued that if the provisions were interpreted to include a rebuttable presumption that would allow her to lead evidence demonstrating that she had sufficient maturity to make treatment decisions, they would not be arbitrary and would be in accordance with the principles of fundamental justice.

[27] A.C. further argued that the provisions violate s. 15 because they discriminate against her based on age. Again, however, she concludes that if the legislation permitted her to demonstrate that she had sufficient decisional maturity, there is no discrimination.

[28] Lastly, A.C.'s argument under s. 2(*a*) is that the provisions violate her religious convictions as a Jehovah's Witness. Once again, it is her view that the ability to lead evidence of maturity would cure any constitutional infirmity.

[29] I accept the general validity of A.C.'s assertion that there is no constitutional justification for ignoring the decision-making capacity of children under the age of 16 when they are apprehended by the state. However, I do not think that the impugned provisions, properly interpreted, call for such an approach.

[30] The question is whether the statutory scheme strikes a constitutional balance between what the law has consistently seen as an individual's fundamental right to autonomous decision making in connection with his or her body and the law's equally persistent attempts to protect vulnerable children from harm. This requires examining the legislative scheme, the common law of medical decision making both for adults and minors, a comparative review of international jurisprudence, and relevant social scientific and legal literature. The observations that emerge from this review will inform the constitutional analysis.

The Legislative Scheme

[31] The *Child and Family Services Act*, which defines when and how children can be brought

que l'impossibilité pour les moins de 16 ans de prouver leur capacité constitue une restriction arbitraire. Elle soutient que, interprétées de manière à inclure une présomption réfutable qui lui permettrait de prouver qu'elle avait suffisamment de maturité pour décider de son traitement, les dispositions en cause ne seraient pas arbitraires et seraient conformes aux principes de justice fondamentale.

[27] A.C. a en outre affirmé que les dispositions enfreignent l'art. 15 en introduisant une discrimination à son endroit fondée sur l'âge. Là encore, toutefois, elle a conclu que, si la loi lui permettait de démontrer qu'elle possède une maturité suffisante pour décider, il n'y a pas de discrimination.

[28] Enfin, se fondant sur l'al. 2*a*), A.C. fait valoir que les dispositions portent atteinte à ses convictions religieuses en tant que témoin de Jéhovah. Une fois de plus, elle estimait que la possibilité de présenter une preuve de sa maturité pouvait remédier aux vices constitutionnels.

[29] J'accepte la validité générale de la prétention d'A.C. qu'il n'est pas justifié sur le plan constitutionnel de ne pas tenir compte de la capacité décisionnelle des enfants de moins de 16 ans appréhendés par l'État. Toutefois, je ne pense pas que les dispositions contestées, correctement interprétées, commandent une telle approche.

[30] Il s'agit de déterminer si le régime législatif établit un équilibre constitutionnel entre deux valeurs que la loi a constamment défendues : d'une part, le droit fondamental de la personne de prendre seule des décisions qui concernent son corps et, d'autre part, la protection des enfants vulnérables. Il faut pour cela examiner le régime législatif, la common law relative à la prise de décisions médicales dans le cas des adultes et des mineurs, la jurisprudence internationale (à titre comparatif) ainsi que les publications juridiques et de sciences sociales pertinentes. Les constatations qui se dégagent de cet examen guideront l'analyse constitutionnelle.

Le régime législatif

[31] La *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, qui prévoit quand et comment les enfants

under the care of the state, is focused on protecting the best interests of the child in accordance with defined criteria. Children are defined in s. 1(1) as those under the age of majority, which, in Manitoba, is 18 (*Age of Majority Act*, C.C.S.M. c. A7, s. 1). In any proceeding under the Act, "a child 12 years of age or more is entitled to be advised of the proceedings and of their possible implications for the child and shall be given an opportunity to make his or her views and preferences known" to the decision maker (s. 2(2)). Children under 12 can also have their views taken into account if a judge is satisfied that they are "able to understand the nature of the proceedings" and the judge "is of the opinion that it would not be harmful to the child" (s. 2(3)).

[32] The "best interests of the child" standard, found in s. 2(1),[1] is the conceptual cornerstone of the Act, whose preambular Declaration of Principles proclaims that "[t]he best interests of children are a fundamental responsibility of society." Section 2(1) is set out in full, with the relevant provisions underlined:

2(1) The best interests of the child shall be the paramount consideration of the director, an authority, the children's advocate, an agency and a court in all proceedings under this Act affecting a child, other than proceedings to determine whether a child is in need of protection, and in determining the best interests of the child all relevant matters shall be considered, including

[1] The Act has been amended since the hearing before this Court. Section 2(1) now states: "The best interests of the child shall be the paramount consideration of the director, an authority, the children's advocate, an agency and a court in all proceedings under this Act affecting a child, other than proceedings to determine whether a child is in need of protection, and in determining best interests the child's safety and security shall be the primary considerations. After that, all other relevant matters shall be considered, including . . . ."

peuvent être confiés à l'État, vise essentiellement à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant d'après des critères définis. Les enfants sont définis au par. 1(1) comme étant des mineurs, qui au Manitoba sont des personnes n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans (*Loi sur l'âge de la majorité*, C.P.L.M. ch. A7, art. 1). Dans toute instance engagée en vertu de la Loi, « [u]n enfant âgé d'au moins 12 ans a droit d'être avisé de la nature des instances introduites à son égard en vertu de la présente loi et des conséquences possibles de celles-ci à son endroit. L'enfant doit avoir la possibilité de faire connaître ses opinions et ses préférences » au décideur (par. 2(2)). Le juge peut aussi tenir compte de ces opinions et préférences dans le cas d'un enfant de moins de 12 ans s'il est convaincu que celui-ci est « apte à comprendre la nature de l'instance et qu'il ne subira pas de préjudice du fait de cette décision » (par. 2(3)).

[32] Le critère de « l'intérêt supérieur » de l'enfant, énoncé au par. 2(1)[1] est, sur le plan conceptuel, le principe fondamental de la Loi, dont la déclaration de principes liminaire affirme que « [l]a défense de l'intérêt supérieur des enfants est un devoir fondamental de la société. » Voici le texte intégral du par. 2(1), dont je souligne les extraits pertinents :

2(1) Dans toute démarche qui est entreprise en vertu de la présente loi et qui touche aux droits d'un enfant, à l'exception d'une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection, le Directeur, les régies, le protecteur des enfants, les offices et les tribunaux doivent adopter l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de décision le plus important. Ils déterminent cet intérêt supérieur eu égard à toutes les questions pertinentes, notamment :

[1] La Loi a été modifiée depuis l'instruction du pourvoi par la Cour. Voici le texte actuel du par. 2(1) : « Dans toute démarche qui est entreprise en vertu de la présente loi et qui touche aux droits d'un enfant, à l'exception d'une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection, le Directeur, les régies, le protecteur des enfants, les offices et les tribunaux doivent adopter l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de décision le plus important. Ils déterminent cet intérêt supérieur eu égard avant tout à la sécurité de l'enfant et tiennent ensuite compte de toutes les autres questions pertinentes, notamment . . . »

(a) the child's opportunity to have a parent-child relationship as a wanted and needed member within a family structure;

(b) the mental, emotional, physical and educational needs of the child and the appropriate care or treatment, or both, to meet such needs;

(c) the child's mental, emotional and physical stage of development;

(d) the child's sense of continuity and need for permanency with the least possible disruption;

(e) the merits and the risks of any plan proposed by the agency that would be caring for the child compared with the merits and the risks of the child returning to or remaining within the family;

(f) the views and preferences of the child where they can reasonably be ascertained;

(g) the effect upon the child of any delay in the final disposition of the proceedings; and

(h) the child's cultural, linguistic, racial and religious heritage.

[33] A child in need of protection is defined in s. 17(1), which states that "a child is in need of protection where the life, health or emotional well-being of the child is endangered by the act or omission of a person". Section 17(2) develops this general proposition by including a child who

(b) is in the care, custody, control or charge of a person

. . .

(iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical or other remedial care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;

[34] Section 25 of the Act deals with the authorization of the medical treatment of an apprehended child, including when consent is required and what

a) la possibilité pour l'enfant de vivre une relation parent-enfant dans laquelle il sent qu'il est un membre désiré et nécessaire au sein de la cellule familiale;

b) les besoins intellectuels, affectifs, physiques et éducatifs de l'enfant et les soins et les traitements appropriés afin de répondre à ces besoins;

c) le stade d'évolution intellectuelle, affective et physique de l'enfant;

d) l'obligation de porter le moins possible atteinte au sens de continuité de l'enfant et de répondre le plus possible à son besoin de stabilité;

e) les aspects positifs et négatifs de tout programme que soumet l'office qui fournirait des soins à l'enfant comparés aux aspects positifs et négatifs de la possibilité de rendre ou de laisser l'enfant à sa famille;

f) les opinions et les préférences de l'enfant, lorsqu'elles peuvent être raisonnablement déterminées;

g) les conséquences, par rapport à l'enfant, de tout délai à l'égard d'un règlement définitif d'une instance; et

h) le patrimoine culturel, linguistique, racial et religieux de l'enfant.

[33] La définition d'enfant ayant besoin de protection figure au par. 17(1) : « . . . un enfant a besoin de protection lorsque sa vie, sa santé ou son bien-être affectif sont menacés par l'acte ou l'omission d'une personne ». Le paragraphe 17(2) élargit cet énoncé général en y incluant l'enfant qui

b) . . . est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas :

. . .

(iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux ou thérapeutiques appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;

[34] L'article 25 de la Loi porte sur l'autorisation du traitement médical d'un enfant appréhendé. Il prévoit notamment quand le consentement est

procedures should be followed. Authority is given to child protection authorities to authorize medical treatment for apprehended children in s. 25(1)(b) and (c). Under s. 25(1)(b), a medical examination can be authorized by the agency where the consent of a parent or guardian would otherwise be required. Medical or dental treatment can be authorized under s. 25(1)(c) if

> (i) the treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner or dentist,
>
> (ii) the consent of a parent or guardian of the child would otherwise be required, and
>
> (iii) no parent or guardian of the child is available to consent to the treatment.

[35] According to s. 25(2), where a child is 16 or over, a medical examination or treatment *cannot* be authorized without the consent of the child. Where the child is 16 or over and refuses to consent, or where the parents of a child under 16 refuse to consent, the agency may apply to a court for an order authorizing the treatment in accordance with s. 25(3), which states:

> **25(3)** An agency may apply to court for an order
>
> (a) authorizing a medical examination of an apprehended child where the child is 16 years of age or older and refuses to consent to the examination; or
>
> (b) authorizing medical or dental treatment for an apprehended child where
>
> > (i) the parents or guardians of the child refuse to consent to the treatment, or
> >
> > (ii) the child is 16 years of age or older and refuses to consent to the treatment.

[36] Where the judge is satisfied that the life or health of the child is seriously and imminently endangered, the application can proceed without filing the necessary documents (s. 25(6)) and testimony can be given over the telephone (s. 25(7)).

[37] Sections 25(8) and 25(9) govern when a court can impose medical treatment at the request

nécessaire ainsi que la procédure à suivre. Les alinéas 25(1)b) et c) confèrent aux autorités chargées de la protection des enfants le pouvoir d'autoriser le traitement médical des enfants appréhendés. Aux termes de l'al. 25(1)b), l'office peut permettre que l'enfant soit soumis à un examen médical lorsque le consentement d'un des parents ou des tuteurs serait par ailleurs requis. Un traitement médical ou dentaire peut être autorisé en vertu de l'al. 25(1)c) si

> (i) le traitement est recommandé par un médecin ou un dentiste,
>
> (ii) le consentement d'un des parents ou des tuteurs serait par ailleurs requis,
>
> (iii) les parents ou les tuteurs de l'enfant ne sont pas en mesure de consentir au traitement en question.

[35] Selon le par. 25(2), un examen ou traitement médical *ne peut* être autorisé sans le consentement de l'enfant si celui-ci a au moins 16 ans. Si un enfant d'au moins 16 ans ou les parents d'un enfant de moins de 16 ans refusent de donner leur consentement, l'office peut, en vertu du par. 25(3), s'adresser au tribunal pour demander une ordonnance de traitement. Voici le texte de cette disposition :

> **25(3)** Un office peut demander à la Cour une ordonnance :
>
> a) autorisant l'examen médical d'un enfant appréhendé qui a au moins 16 ans et refuse d'être examiné;
>
> b) autorisant le traitement médical ou dentaire d'un enfant appréhendé si :
>
> > (i) les parents ou les tuteurs de l'enfant refusent de consentir au traitement,
> >
> > (ii) celui-ci a au moins 16 ans et refuse de recevoir le traitement.

[36] Si le juge est convaincu de l'existence d'un danger grave et imminent pour la vie ou la santé de l'enfant, il peut entendre la demande sans que les documents nécessaires aient été déposés (par. 25(6)) et recevoir des témoignages par téléphone (par. 25(7)).

[37] Les paragraphes 25(8) et (9) dictent quand le tribunal peut imposer un traitement médical à la

of the agency. They are the two provisions being challenged in this case and are repeated here for ease of reference:

25(8) Subject to subsection (9), upon completion of a hearing, the court may authorize a medical examination or any medical or dental treatment that the court considers to be in the best interests of the child.

25(9) The court shall not make an order under subsection (8) with respect to a child who is 16 years of age or older without the child's consent unless the court is satisfied that the child is unable

(a) to understand the information that is relevant to making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment; or

(b) to appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment.

[38] This is the relevant statutory context. Its language and objectives frame the constitutional analysis but cannot, by themselves, provide the whole picture. As stated earlier, A.C.'s argument that ss. 25(8) and 25(9) infringe the *Charter* is grounded in the contention that they fail to respect the mature minors' "deeply rooted" right to decide their own medical care. Unlike the Chief Justice, therefore, it is my respectful view that the next step in the interpretive exercise requires examining the common law of medical decision making generally, and then how it has been applied in the case of minors.

Common Law for Adults

[39] The legal environment for adults making medical treatment decisions is important because it demonstrates the tenacious relevance in our legal system of the principle that competent individuals are — and should be — free to make decisions about their bodily integrity.

[40] At common law, adults are presumptively entitled to direct the course of their own medical

demande de l'office. Ce sont les deux dispositions contestées, qui sont reproduites ci-dessous pour plus de commodité :

25(8) Sous réserve du paragraphe (9), la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant.

25(9) La Cour ne peut rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (8) sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut :

a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;

b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire.

[38] Il s'agit du contexte législatif pertinent. Le libellé utilisé et les objectifs exprimés encadrent l'analyse constitutionnelle, mais ne peuvent, à eux seuls, donner une idée de l'ensemble de la situation. Comme je l'ai déjà mentionné, l'argument d'A.C. que les par. 25(8) et (9) enfreignent la *Charte* repose sur la prétention qu'ils ne respectent pas le droit « fermement ancré » des mineurs matures de décider de leurs soins médicaux. Contrairement à l'opinion de la Juge en chef, j'estime donc, soit dit en tout respect, que la prochaine étape de l'interprétation consiste à examiner les principes de common law régissant de façon générale la prise de décisions médicales, puis la façon dont ils ont été appliqués dans le cas des mineurs.

Common law à l'égard des adultes

[39] Le contexte juridique des décisions des adultes en matière de traitement médical est important parce qu'il démontre la solide pertinence qui, dans notre système juridique, caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent — et doivent pouvoir — prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle.

[40] En common law, les adultes sont présumés avoir le droit de diriger le cours de leur traitement

treatment and generally must give their "informed consent" before treatment occurs, although this presumption of capacity can be rebutted by evidence to the contrary. (See Lucinda Ferguson, "The End of an Age: Beyond Age Restrictions for Minors' Medical Treatment Decisions", paper prepared for the Law Commission of Canada (October 29, 2004), at p. 5.) When competency is not in question, this right "to decide one's own fate" (*Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649 (C.A.), at p. 661) includes the unqualified right to refuse life-saving medical treatment.

médical et doivent généralement donner leur [TRADUCTION] « consentement éclairé » avant le traitement, bien que cette présomption de capacité mentale puisse être réfutée par une preuve contraire. (Voir Lucinda Ferguson, « The End of an Age : Beyond Age Restrictions for Minors' Medical Treatment Decisions », préparé pour la Commission du droit du Canada (29 octobre 2004), p. 5.) Lorsque la capacité n'est pas remise en question, ce droit de [TRADUCTION] « décider de son propre sort » (*Re T (adult : refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649 (C.A.), p. 661) comprend le droit absolu de la personne de refuser un traitement médical vital.

[41] In the leading case of *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), a doctor was held liable for battery because he gave an unconscious adult Jehovah's Witness a blood transfusion despite the fact that she had a signed card stating clearly that she would not consent to a transfusion. Even though the treatment almost certainly saved her life, Robins J.A. cogently explained the basis for the doctor's liability as follows:

[41] Dans l'arrêt de principe *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.), un médecin a été tenu responsable de voies de fait parce qu'il avait donné une transfusion sanguine à une adulte inconsciente témoin de Jéhovah, bien qu'elle eût signé une carte énonçant clairement qu'elle refusait toute transfusion. Même si le traitement lui avait presque certainement sauvé la vie, le juge Robins a expliqué de façon convaincante pourquoi la responsabilité du médecin était engagée :

A competent adult is generally entitled to reject a specific treatment or all treatment, or to select an alternate form of treatment, even if the decision may entail risks as serious as death and may appear mistaken in the eyes of the medical profession or of the community. Regardless of the doctor's opinion, it is the patient who has the final say on whether to undergo the treatment. . . . The doctrine of informed consent is plainly intended to ensure the freedom of individuals to make choices concerning their medical care.

[TRADUCTION] L'adulte mentalement capable a généralement le droit de refuser un traitement particulier ou toute forme de traitement, ou de choisir une forme de traitement autre que celle proposée, même si sa décision peut comporter de sérieux risques, comme le risque de décès, et peut paraître erronée aux yeux de la profession médicale ou de la collectivité. Quelle que soit l'opinion du médecin, c'est le patient qui décide en dernière analyse s'il subira ou non le traitement. [. . .] La règle du consentement éclairé vise simplement à faire en sorte que le patient soit libre de faire les choix se rapportant à son traitement médical.

. . .

. . .

. . . To transfuse a Jehovah's Witness in the face of her explicit instructions to the contrary would, in my opinion, violate her right to control her own body and show disrespect for the religious values by which she has chosen to live her life . . . .

. . . Le médecin qui donne une transfusion sanguine à une patiente témoin de Jéhovah, malgré ses instructions contraires, contrevient à mon avis au droit de la patiente de disposer de sa personne et fait preuve d'un manque de respect à l'égard des valeurs religieuses selon lesquelles elle a choisi de vivre sa vie . . .

. . .

. . .

The state's interest in preserving the life or health of a competent patient must generally give way to the patient's stronger interest in directing the course of her own life. . . .

. . .

In sum, it is my view that the principal interest asserted by Mrs. Malette in this case — the interest in the freedom to reject, or refuse to consent to, intrusions of her bodily integrity — outweighs the interest of the state in the preservation of life and health and the protection of the integrity of the medical profession. While the right to decline medical treatment is not absolute or unqualified, those state interests are not in themselves sufficiently compelling to justify forcing a patient to submit to nonconsensual invasions of her person. [Emphasis added; pp. 424, 426, 429 and 430.]

[42] There is a significant exception to this principle in the case of emergencies. Robins J.A. explained why no consent is required in such circumstances as follows:

The emergency situation is an exception to the general rule requiring a patient's prior consent. When immediate medical treatment is necessary to save the life or preserve the health of a person who, by reason of unconsciousness or extreme illness, is incapable of either giving or withholding consent, the doctor may proceed without the patient's consent. The delivery of medical services is rendered lawful in such circumstances either on the rationale that the doctor has implied consent from the patient to give emergency aid or, more accurately in my view, on the rationale that the doctor is privileged by reason of necessity in giving the aid and is not to be held liable for so doing. On either basis, in an emergency the law sets aside the requirement of consent on the assumption that the patient, as a reasonable person, would want emergency aid to be rendered if she were capable of giving instructions. [pp. 424-25]

[43] The principles set out in *Malette* were applied by the Ontario Court of Appeal in a non-religious context in *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74, where two men with schizophrenia were declared to be incompetent to consent to psychiatric treatment. Their physician proposed to treat them with neuroleptic drugs which, for many, control or minimize psychotic episodes or symptoms associated with schizophrenia, but which can have significant

L'intérêt de l'État à préserver la vie et la santé d'un patient mentalement capable doit généralement céder le pas au droit du patient de diriger le cours de sa vie. . .

. . .

En somme, j'estime que l'intérêt principal revendiqué ici par M^me^ Malette — la liberté de rejeter les atteintes à son intégrité corporelle ou de refuser de consentir à telles atteintes — l'emporte sur l'intérêt de l'État à préserver la vie et la santé ainsi qu'à protéger l'intégrité de la profession médicale. Le droit de refuser un traitement médical n'est pas absolu ni illimité, mais ces intérêts de l'État ne sont pas, en eux-mêmes, impérieux au point de justifier qu'on force une patiente à accepter contre son gré des atteintes à l'intégrité de sa personne. [Je souligne; p. 424, 426, 429 et 430.]

[42] Ce principe connaît une exception importante dans les cas d'urgence. Le juge Robins a expliqué pourquoi aucun consentement n'est requis dans ces circonstances :

[TRADUCTION] La situation d'urgence est une exception à la règle générale qui requiert le consentement préalable du patient. Lorsqu'un traitement médical immédiat est nécessaire pour sauver la vie ou préserver la santé d'une personne qui, en raison d'une perte de connaissance ou de la gravité extrême de son état, est incapable de donner ou de refuser son consentement, le médecin peut aller de l'avant sans ce consentement. L'accomplissement des actes médicaux est alors licite. La raison en est que le médecin est implicitement autorisé par le patient à administrer les soins d'urgence, ou plus exactement, à mon avis, que le médecin bénéficie d'une immunité fondée sur la nécessité d'administrer les soins et qu'il ne saurait engager sa responsabilité. Quel que soit le fondement retenu, la loi ignore, lorsqu'il y a urgence, la nécessité du consentement, car elle présume que, s'il était en mesure de donner des instructions, le patient, en tant que personne raisonnable, voudrait que les soins d'urgence lui soient administrés. [p. 424-425]

[43] La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué les principes énoncés dans *Malette* dans un contexte non religieux dans *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74, une affaire où deux hommes atteints de schizophrénie avaient été déclarés mentalement incapables de consentir à un traitement psychiatrique. Leur médecin a proposé de les traiter par des neuroleptiques qui, dans beaucoup de cas, enrayaient ou limitaient les épisodes ou symptômes

and unpredictable harmful side effects. When they were competent, the two patients had expressed a desire not to take the drugs.

[44] Concluding that these preferences ought to be respected, Robins J.A. summarized the applicable law as follows:

> The right to determine what shall, or shall not, be done with one's own body, and to be free from non-consensual medical treatment, is a right deeply rooted in our common law. This right underlies the doctrine of informed consent. With very limited exceptions, every person's body is considered inviolate, and, accordingly, every competent adult has the right to be free from unwanted medical treatment. The fact that serious risks or consequences may result from a refusal of medical treatment does not vitiate the right of medical self-determination.
>
> . . .
>
> . . . in my view, the common law right to determine what shall be done with one's own body and the constitutional right to security of the person, both of which are founded on the belief in the dignity and autonomy of each individual, can be treated as co-extensive. [Emphasis added; pp. 85 and 88.]

(See also *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.)

[45] In *Rodriguez*, notwithstanding its conclusion on assisted suicide, this Court nonetheless confirmed that adults have the right to refuse or discontinue treatment, regardless of the results. As noted by Justice Sopinka for the majority:

> Canadian courts have recognized a common law right of patients to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment, once commenced, be withdrawn or discontinued (*Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119). This right has been specifically recognized to exist even if the withdrawal from or refusal of treatment may result in death (*Nancy B. v. Hotel Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. S.C.); and *Malette v. Shulman* . . .). [p. 598]

psychotiques associés à cette maladie, mais qui pouvaient entraîner d'importants effets secondaires nocifs imprévisibles. Ces deux patients avaient indiqué, alors qu'ils étaient mentalement capables, qu'ils ne voulaient pas prendre ces médicaments.

[44] Concluant qu'il fallait respecter leurs volontés, le juge Robins a résumé ainsi le droit applicable :

> [TRADUCTION] Le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et de ne se voir imposer aucun traitement médical auquel on n'aura pas donné son consentement est fermement ancré dans notre common law. Ce droit sous-tend le principe du consentement éclairé. Sauf dans des cas très rares, le corps humain est considéré comme inviolable, et, en conséquence, tout adulte mentalement capable a le droit de ne pas recevoir de traitement médical non désiré. Les risques ou conséquences graves que peut entraîner le refus d'un traitement médical ne permettent aucunement de porter atteinte au droit à l'autodétermination en matière médicale.
>
> . . .
>
> . . . selon moi, le droit reconnu en common law de décider de ce qui sera fait à son corps et le droit à la sécurité de la personne, garanti par la Constitution, tous deux fondés sur la foi en la dignité et l'autonomie de l'individu, peuvent être considérés comme des droits correspondants. [Je souligne; p. 85 et 88.]

(Voir aussi *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.)

[45] Dans *Rodriguez*, malgré sa conclusion sur l'aide au suicide, la Cour a néanmoins confirmé que les adultes ont le droit de refuser ou d'interrompre un traitement, quelles qu'en soient les conséquences. Comme le juge Sopinka l'a souligné au nom des juges majoritaires :

> Les tribunaux canadiens ont reconnu aux patients le droit en common law de refuser un traitement médical ou d'exiger qu'un traitement, une fois commencé, soit interrompu (*Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119). Ce droit a été expressément reconnu même si l'interruption ou le refus du traitement risquent d'entraîner la mort (*Nancy B. c. Hôtel Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.), et *Malette c. Shulman* . . .). [p. 598]

Common Law for Minors

[46] The latitude accorded to adults at common law to decide their own medical treatment had historically narrowed dramatically when applied to children. However the common law has more recently abandoned the assumption that all minors lack decisional capacity and replaced it with a general recognition that children are entitled to a degree of decision-making autonomy that is reflective of their evolving intelligence and understanding. This is known as the common law "mature minor" doctrine. As the Manitoba Law Reform Commission noted, this doctrine is "a well-known, well-accepted and workable principle which . . . raise[s] few difficulties on a day-to-day basis" (*Minors' Consent to Health Care* (1995), Report #91, at p. 33). The doctrine addresses the concern that young people should not automatically be deprived of the right to make decisions affecting their medical treatment. It provides instead that the right to make those decisions varies in accordance with the young person's level of maturity, with the degree to which maturity is scrutinized intensifying in accordance with the severity of the potential consequences of the treatment or of its refusal.

[47] A.C. argued that the mature minor doctrine means that mature children are, at common law, entitled to make *all* decisions related to their medical care, including the decision to refuse life-saving medical treatment. This literal interpretation of the "mature minor" doctrine, with respect, miscasts its actual development and application, both in Canada and abroad. It also seriously underrepresents the limits on the ability to accurately assess maturity in any given child.

[48] The "mature minor" principle was first articulated by the House of Lords in *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1985] 3 All E.R. 402. The issue was whether a doctor could prescribe contraception for a girl under the age of 16 without attracting liability in tort for proceeding without the consent of her parents.

Common Law à l'égard des mineurs

[46] La latitude dont les adultes disposaient en common law pour décider de leur traitement médical s'était beaucoup resserrée par le passé lorsqu'il s'agissait d'enfants. Toutefois, la common law a plus récemment délaissé le postulat que tous les mineurs sont dépourvus de capacité décisionnelle pour leur reconnaître une autonomie décisionnelle correspondant au développement de leur intelligence et de leur compréhension. Ce principe est connu sous le nom de principe du « mineur mature ». Comme l'a souligné la Commission manitobaine de réforme du droit, il constitue [TRADUCTION] « un principe bien connu, bien accepté et applicable qui [. . .] soulèv[e] peu de difficultés dans son application au jour le jour » (*Minors' Consent to Health Care* (1995), Rapport #91, p. 33). Il répond au souci de ne pas priver automatiquement les jeunes du droit de décider de leur traitement médical et prévoit plutôt que ce droit varie en fonction de leur degré de maturité, l'examen de la maturité devenant de plus en plus rigoureux selon la gravité des conséquences possibles du traitement ou de son refus.

[47] A.C. a fait valoir que, selon le principe du « mineur mature », les enfants matures ont, en common law, le droit de prendre *toutes* les décisions relatives à leurs soins médicaux, y compris la décision de refuser de recevoir un traitement médical vital. J'estime que cette interprétation littérale du principe du « mineur mature » déforme la façon dont il a évolué et a été appliqué tant au Canada qu'à l'étranger. De plus, il sous-représente sérieusement les limites de la capacité d'évaluer exactement la maturité d'un enfant.

[48] Le principe du « mineur mature » a été formulé pour la première fois par la Chambre des lords dans *Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, [1985] 3 All E.R. 402. Il s'agissait, dans cette affaire, de déterminer si un médecin pouvait, sans engager sa responsabilité délictuelle, prescrire un moyen contraceptif à une fille de moins de 16 ans sans obtenir au préalable le consentement de ses parents.

[49] The majority accepted that adolescents under the age of 16 could, theoretically, consent to medical treatment. Lord Fraser explained:

> It seems to me verging on the absurd to suggest that a girl or a boy aged 15 could not effectively consent, for example, to have a medical examination of some trivial injury to his body or even to have a broken arm set. Of course the consent of the parents should normally be asked, but they may not be immediately available. Provided the patient, whether a boy or a girl, is capable of understanding what is proposed, and of expressing his or her own wishes, I see no good reason for holding that he or she lacks the capacity to express them validly and effectively and to authorise the medical man to make the examination or give the treatment which he advises. After all, a minor under the age of 16 can, within certain limits, enter into a contract. He or she can also sue and be sued, and can give evidence on oath. Moreover, a girl under 16 can give sufficiently effective consent to sexual intercourse to lead to the legal result that the man involved does not commit the crime of rape .... Accordingly, I am not disposed to hold now, for the first time, that a girl aged less than 16 lacks the power to give valid consent to contraceptive advice or treatment, merely on account of her age. [p. 409]

[50] While accepting that the parental right and duty of custody and control does not entirely disappear until a child reaches the age of majority, Lord Fraser observed that the imposition of a rigid legal line would fail to reflect the reality that a child's transition from childhood to adulthood is a continuous one:

> It is, in my view, contrary to the ordinary experience of mankind, at least in Western Europe in the present century, to say that a child or a young person remains in fact under the complete control of his parents until he attains the definite age of majority, now 18 in the United Kingdom, and that on attaining that age he suddenly acquires independence. In practice most wise parents relax their control gradually as the child develops and encourage him or her to become increasingly independent. Moreover, the degree of parental control actually exercised over a particular child does in practice vary considerably according to his understanding and intelligence and it would, in my opinion, be unrealistic for the courts not to recognise these facts. [pp. 410-11]

[49] Les juges majoritaires ont reconnu que les adolescents de moins de 16 ans pouvaient théoriquement consentir à certains traitements médicaux. Lord Fraser explique :

> [TRADUCTION] À mon avis, affirmer qu'une fille ou un garçon de 15 ans ne peut consentir effectivement, par exemple, à un examen médical pour une blessure banale ou même au traitement d'une fracture à un bras frise l'absurde. Il va sans dire qu'il faudrait normalement demander le consentement des parents, mais il n'est pas toujours possible de les joindre immédiatement. Du moment que le patient, garçon ou fille, est capable de comprendre ce qui est proposé et d'exprimer ses volontés, je ne vois aucune raison valable d'affirmer qu'il n'a pas la capacité de les exprimer de façon valide et effective et d'autoriser le médecin à procéder à l'examen ou au traitement que celui-ci recommande. Après tout, un mineur de moins de 16 ans est, dans certaines limites, habile à contracter. Il peut également ester en justice et il peut témoigner sous serment. En outre, le consentement d'une fille de moins de 16 ans à une relation sexuelle peut être suffisamment effectif pour que la relation ne soit pas juridiquement considérée comme un viol [. . .] Par conséquent, je ne suis pas disposé à établir le précédent selon lequel, du seul fait de son âge, une fille de moins de 16 ans n'a pas le pouvoir d'accepter validement un conseil ou traitement en matière de contraception. [p. 409]

[50] Lord Fraser a accepté que le droit et le devoir des parents en matière de garde et de contrôle ne disparaissent entièrement qu'à la majorité de l'enfant, mais il a fait observer que l'imposition d'une ligne de démarcation juridique rigide ne refléterait pas la réalité, à savoir que la transition entre l'enfance et l'âge adulte est un processus continu :

> [TRADUCTION] À mon avis, l'expérience humaine ordinaire, du moins en Europe de l'Ouest au siècle actuel, dément la notion qu'un enfant ou un adolescent demeure effectivement sous l'autorité complète de ses parents jusqu'à l'âge prescrit de la majorité — 18 ans à présent au Royaume-Uni — et qu'il acquiert soudainement son indépendance lorsqu'il atteint cet âge. En réalité, la plupart des parents judicieux relâchent graduellement leur autorité au fur et à mesure du développement de l'enfant et l'encouragent à devenir de plus en plus indépendant. En outre, le degré d'autorité parentale réellement exercé sur un enfant varie considérablement, en pratique, en fonction de sa compréhension et de son intelligence, et il ne serait pas réaliste, selon moi, que les tribunaux ne reconnaissent pas cet état de fait. [p. 410-411]

[51] In a separate but concurring opinion, Lord Scarman also conceived of parental authority as declining gradually in accordance with the young person's evolution into adulthood:

> . . . I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed.
>
> . . .
>
> . . . The law relating to parent and child is concerned with the problems of the growth and maturity of the human personality. If the law should impose on the process of "growing up" fixed limits where nature knows only a continuous process, the price would be artificiality and a lack of realism in an area where the law must be sensitive to human development and social change. . . .
>
> . . . parental right yields to the child's right to make his own decisions when he reaches a sufficient understanding and intelligence to be capable of making up his own mind on the matter requiring decision. [pp. 423 and 421-422]

While accepting that assessing the sufficiency of a child's maturity created an uncertain standard, Lord Scarman, like Lord Fraser, was of the view that a level of uncertainty was worth the cost of keeping "the law in line with social experience" (p. 425).

[52] *Gillick* was hailed as ushering in an era of judicial respect for children's rights to self-determination, and it clearly made great strides in that direction. Yet it is important to remember that the issue was a child's ability to authorize treatment that a medical professional considered to be in that child's best interests. Lord Fraser's conclusion that physicians could rely on the instructions of "mature" children rested at least partly on the assumption that "there may be circumstances in which a doctor is a better judge of the medical advice and treatment which will conduce to a [child's] welfare than her parents" (p. 412 (emphasis added)). The ultimate question was always "what

[51] Dans des motifs distincts mais concordants, lord Scarman a indiqué que, selon lui, l'autorité parentale s'estompe graduellement au fur et à mesure de la transformation de l'enfant en adulte :

> [TRADUCTION] . . . j'estime que, juridiquement, le droit des parents de décider si leur enfant de moins de 16 ans recevra un traitement médical prend fin lorsque l'enfant a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes pour bien comprendre ce qu'on lui propose.
>
> . . .
>
> . . . Le droit applicable aux relations parents-enfants régit les problèmes posés par le développement et la maturation de la personnalité humaine. S'il devait appliquer des limites fixes là où la nature ne voit qu'un processus de croissance continu, il aboutirait à une situation artificielle et décalée par rapport à la réalité, dans un domaine où le droit doit se montrer sensible à l'évolution humaine et au changement social. . .
>
> . . . les droits des parents doivent céder le pas au droit de l'enfant de prendre ses propres décisions lorsqu'il a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes pour se faire sa propre opinion au sujet de la question à décider. [p. 423 et 421-422]

Lord Scarman a accepté que l'évaluation du caractère suffisant de la maturité de l'enfant crée un critère incertain, mais il a estimé, à l'instar de lord Fraser, qu'il fallait accepter une certaine incertitude pour que le droit [TRADUCTION] « corresponde à l'expérience sociale » (p. 425).

[52] L'arrêt *Gillick* a été applaudi parce qu'il ouvrait une ère de respect judiciaire pour le droit des enfants à l'autodétermination et il a clairement fait progresser le droit en ce sens. Toutefois, il est important de se rappeler que la question en litige était la capacité de l'enfant d'autoriser un traitement qu'un professionnel de la santé considérait être dans son intérêt supérieur. La conclusion de lord Fraser selon laquelle les médecins pouvaient se fier aux directives des enfants « matures » reposait, du moins en partie, sur l'hypothèse qu'il [TRADUCTION] « peut y avoir des circonstances où un médecin est mieux placé que les parents pour juger des conseils et traitements médicaux propres à assurer le bien-

is best in the interests of the . . . [minor] patient" (p. 413).

[53] Even for Lord Scarman, who seemed to adopt a somewhat more enhanced view of a young person's decisional rights, the issues of autonomy and "best interests" were conflated to some degree: the question was whether the minor was capable of "exercis[ing] a wise choice in his or her own interests" (p. 423).

[54] Several years later, in *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627, the English Court of Appeal dealt with the more complicated question of whether a court could override an adolescent's refusal of treatment in the face of great injury or even death. *Re W*, and the prior decision in *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177 (C.A.), definitively established that even "mature minors" were subject to the court's inherent *parens patriae* jurisdiction. This inherent jurisdiction was found by the court to be broader than the powers of a natural parent, and justified overriding the treatment wishes of even a "*Gillick*-competent" minor.[2]

[2] Lord Donaldson, M.R., in both *Re R* and *Re W* also suggested that the power of parents to authorize treatment co-existed with the child's until he or she reached the age of majority, entitling parents to consent to treatment that the child did not want, even where the child was "*Gillick*-competent". In other words, while "mature minors" can consent to treatment, and while parents cannot veto that consent, minors cannot *refuse* treatment against the wishes of their parents because the parents can consent on the mature child's behalf. This theory of "concurrent consents" has provoked considerable criticism in the academic literature on the ground that it is illogical and fails to reflect the House of Lords' reasoning in *Gillick* (see, e.g., Gillian Douglas, "The Retreat from *Gillick*" (1992), 55 *Mod. L. Rev.* 569; Judith Masson, "Re W: appealing from the golden cage" (1993), 5 *J. Child L.* 37; John Eekelaar, "White Coats or Flak Jackets? Doctors,

être d'un enfant » (p. 412 (je souligne)). La question qui se posait en définitive était toujours celle de savoir [TRADUCTION] « quel est l'intérêt supérieur du [. . .] patient [mineur] » (p. 413).

[53] Même pour lord Scarman, qui semblait avoir une conception un peu plus élargie des droits décisionnels des jeunes, la question de l'autonomie et celle de « l'intérêt supérieur » se chevauchaient jusqu'à un certain point, la question étant de savoir si le mineur était capable de [TRADUCTION] « faire un choix sage qui soit dans son intérêt supérieur » (p. 423).

[54] Plusieurs années plus tard, dans *Re W (a minor) (medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 627, la Cour d'appel d'Angleterre a examiné la question plus compliquée de savoir si un tribunal pouvait, devant le risque de blessures graves ou même de décès, passer outre au refus de traitement exprimé par un adolescent. Cet arrêt et l'arrêt précédent *Re R (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1991] 4 All E.R. 177 (C.A.), ont clairement établi que même les « mineurs matures » étaient assujettis à la compétence *parens patriae* inhérente des tribunaux. La cour a estimé que cette compétence inhérente était plus étendue que les pouvoirs des parents naturels et justifiait qu'un tribunal passe outre, en matière de traitement, aux volontés d'un mineur même capable au sens de l'arrêt *Gillick*[2].

[2] Dans *Re R* comme dans *Re W*, lord Donaldson a aussi laissé entendre que le pouvoir des parents d'autoriser un traitement coexistait avec celui de l'enfant jusqu'à ce que celui-ci atteigne l'âge de la majorité, ce qui permettait aux parents de consentir au traitement que l'enfant ne voulait pas recevoir, et ce, même lorsque l'enfant était capable au sens de l'arrêt *Gillick*. Autrement dit, les « mineurs matures » peuvent consentir à un traitement, et les parents ne peuvent opposer leur veto à ce consentement, mais les mineurs ne peuvent pas *refuser* un traitement contre la volonté de leurs parents parce que ceux-ci peuvent consentir au nom de leur enfant mature. Cette théorie des « consentements concomitants » a suscité de nombreuses critiques dans les publications d'universitaires au motif qu'elle est illogique et ne reflète pas le raisonnement de la Chambre des lords dans *Gillick* (voir, p. ex., Gillian Douglas, « The Retreat from

[55] All three judges in *Re W* stressed, however, that while the court was theoretically empowered to authorize treatment of "*Gillick*-competent" minors under its *parens patriae* jurisdiction, the wishes and objections of a minor would necessarily factor significantly into any assessment of his or her "best interests", with the weight given to such views varying in accordance with the minor's maturity. As Balcombe L.J. stated:

> [T]here is no overriding limitation to preclude the exercise by the court of its inherent jurisdiction and the matter becomes one for the exercise by the court of its discretion. Nevertheless the discretion is not to be exercised in a moral vacuum. . . . [A]s children approach the age of majority, they are increasingly able to take their own decisions concerning their medical treatment. . . . Accordingly the older the child concerned the greater the weight the court should give to its wishes, certainly in the field of medical treatment. In a sense this is merely one aspect of the application of the test that the welfare of the child is the paramount consideration. It will normally be in the best interests of a child of sufficient age and understanding to make an informed decision that the court should respect its integrity as a human being and not lightly override its decision on such a personal matter as medical treatment, all the more so if that treatment is invasive. . . .
>
> . . . What I do stress is that the judge should approach the exercise of the discretion with a predilection to give effect to the child's wishes on the basis that prima facie that will be in his or her best interests. [Emphasis added; pp. 643-44.]

Nolan L.J. agreed that "[i]n considering the welfare of a child, the court must not only recognise but if necessary defend the right of the child, having sufficient understanding to take an

Children and the Courts — Again" (1993), 109 *L.Q. Rev.* 182; Michael Freeman, "Removing rights from adolescents" (1993), 17 *Adoption & Fostering* 14; Sir James Munby, "Consent to Treatment: Children and the Incompetent Patient", in Andrew Grubb, ed., *Principles of Medical Law* (2nd ed. 2004), 205, at pp. 234-35).

[55] Dans *Re W*, les trois juges ont toutefois insisté sur le fait que, même si le tribunal avait, en vertu de sa compétence *parens patriae*, théoriquement le pouvoir d'autoriser le traitement d'un mineur capable au sens de l'arrêt *Gillick*, les volontés et objections du mineur constitueraient nécessairement un facteur important dans toute évaluation de son intérêt supérieur, le poids qui doit leur être accordé variant en fonction de sa maturité. Comme lord Balcombe l'a affirmé :

> [TRADUCTION] [A]ucune restriction prédominante n'empêche le tribunal d'exercer sa compétence inhérente; il s'agit donc pour celui-ci d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Il ne peut cependant l'exercer dans un vide moral. [. . .] [A]u fur et à mesure que l'enfant se rapproche de l'âge de la majorité, il devient plus apte à prendre ses propres décisions en matière de traitement médical. [. . .] Par conséquent, plus l'enfant visé est âgé, plus le tribunal devrait accorder du poids à sa volonté, certainement dans le domaine des traitements médicaux. Il s'agit, en quelque sorte, simplement d'un des aspects de l'application du critère du bien-être de l'enfant comme considération primordiale. Il sera normalement dans l'intérêt supérieur de l'enfant ayant atteint l'âge et le degré de compréhension nécessaires pour prendre une décision éclairée que le tribunal respecte son intégrité en tant qu'être humain et qu'il ne fasse pas à la légère fi de sa décision sur une question aussi personnelle qu'un traitement médical, surtout si ce traitement est agressif. . .
>
> . . . J'insiste particulièrement sur le fait que le juge devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en cherchant à respecter les volontés de l'enfant, car celles-ci sont de prime abord dans son intérêt supérieur. [Je souligne; p. 643-644.]

Lord Nolan a convenu que [TRADUCTION] « [p]our examiner le bien-être d'un enfant, le tribunal doit non seulement reconnaître mais aussi, au besoin, défendre le droit de l'enfant, qui a acquis une

Gillick » (1992), 55 *Mod. L. Rev.* 569; Judith Masson, « Re W : appealing from the golden cage » (1993), 5 *J. Child L.* 37; John Eekelaar, « White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts — Again » (1993), 109 *L.Q. Rev.* 182; Michael Freeman, « Removing rights from adolescents » (1993), 17 *Adoption & Fostering* 14; Sir James Munby, « Consent to Treatment : Children and the Incompetent Patient », dans Andrew Grubb, dir., *Principles of Medical Law* (2e éd. 2004), 205, p. 234-235).

informed decision, to make his or her own choice" (p. 648).

[56] *Gillick*, *Re R* and *Re W* currently represent the law for adolescents' medical decision-making capacity in the United Kingdom. What is important to note is that none of these cases asserted that a "mature minor" should be treated as an adult for all decisional treatment purposes. The Court of Appeal confirmed in *Re R* and *Re W* that a child's "*Gillick* competence" or "mature minor" status at common law will not necessarily prevent the court from overriding that child's wishes in situations where the child's life is threatened. In such cases, the court may exercise its *parens patriae* jurisdiction to authorize treatment based on an assessment of what would be most conducive to the child's welfare, with the child's views carrying increasing weight in the analysis as his or her maturity increases.

[57] To date, no court in the United Kingdom has allowed a child under 16 to refuse medical treatment that was likely to preserve the child's prospects of a normal and healthy future, either on the ground that the competence threshold had not been met (see, e.g., *Re E (a minor) (wardship: medical treatment)*, [1993] 1 F.L.R. 386 (Fam. Div.); *Re S (a minor) (consent to medical treatment)*, [1994] 2 F.L.R. 1065 (Fam. Div.); *Re L (medical treatment: Gillick competency)*, [1998] 2 F.L.R. 810 (Fam. Div.)), or because the court concluded that it had the power to override the wishes of even a "*Gillick*-competent" child (see *Re M (medical treatment: consent)*, [1999] 2 F.L.R. 1097 (Fam. Div.)).

[58] Shortly after the House of Lords' decision in *Gillick*, the "mature minor" doctrine was applied in Canada. In *J.S.C. v. Wren* (1986), 76 A.R. 115 (C.A.), a 16-year-old girl had received medical approval for a therapeutic abortion, but her parents sought an injunction to prevent it because the age of majority was 18. Based on *Gillick*, Kerans J.A. concluded that the girl was capable of consenting to the abortion on her own behalf. As in *Gillick*, however,

compréhension suffisante pour prendre une décision éclairée, de faire son propre choix » (p. 648).

[56] *Gillick*, *Re R* et *Re W* représentent actuellement au Royaume-Uni le droit applicable à la capacité décisionnelle des adolescents en matière médicale. Il importe de noter que, dans aucun de ces arrêts, il n'est indiqué que le « mineur mature » doit être traité comme un adulte à l'égard de toutes les décisions concernant un traitement. La Cour d'appel a confirmé dans *Re R* et *Re W* que la « capacité au sens de l'arrêt *Gillick* » ou le statut de « mineur mature » en common law n'empêchera pas nécessairement le tribunal de passer outre aux volontés de l'enfant dans des situations où sa vie est en danger. Dans ces cas, le tribunal peut exercer sa compétence *parens patriae* pour autoriser un traitement en se fondant sur son appréciation de ce qui assurerait le mieux le bien-être de l'enfant, le poids accordé à l'opinion de l'enfant devant augmenter au fur et à mesure qu'il acquiert de la maturité.

[57] Jusqu'à présent, aucun tribunal au Royaume-Uni n'a permis à un enfant de moins de 16 ans de refuser un traitement médical susceptible de préserver ses perspectives d'un avenir normal et sain, soit parce que les tribunaux ont jugé que le seuil de capacité mentale n'avait pas été atteint (voir, p. ex., *Re E (a minor) (wardship : medical treatment)*, [1993] 1 F.L.R. 386 (Fam. Div.); *Re S (a minor) (consent to medical treatment)*, [1994] 2 F.L.R. 1065 (Fam. Div.); *Re L (medical treatment : Gillick competency)*, [1998] 2 F.L.R. 810 (Fam. Div.)), soit qu'ils ont conclu qu'ils avaient le pouvoir de ne pas tenir compte des volontés d'un enfant même capable au sens de l'arrêt *Gillick* (voir *Re M (medical treatment : consent)*, [1999] 2 F.L.R. 1097 (Fam. Div.)).

[58] Peu après l'arrêt *Gillick* de la Chambre des lords, les tribunaux canadiens ont commencé à appliquer le principe du « mineur mature ». Dans *J.S.C. c. Wren* (1986), 76 A.R. 115 (C.A.), une adolescente de 16 ans avait obtenu une autorisation médicale pour un avortement thérapeutique, mais ses parents ont demandé une injonction pour empêcher l'intervention arguant que leur fille n'avait pas 18 ans et n'était donc pas majeure. Se fondant

the proposition advanced in *Wren* was not that a "mature minor" was essentially an adult for medical treatment purposes, but rather that courts must give adolescents room to exercise their autonomy to the extent that their maturity allows:

> What is the application of the principle in this case? We infer from the circumstances detailed in argument here that this expectant mother and her parents had fully discussed the ethical issues involved and, most regrettably, disagreed. We cannot infer from that disagreement that this expectant mother did not have sufficient intelligence and understanding to make up her own mind. Meanwhile, it is conceded that she is a "normal intelligent 16 year old". We infer that she did have sufficient intelligence and understanding to make up her own mind and did so. At her age and level of understanding, the law is that she is to be permitted to do so.
>
> . . .
>
> . . . Parental rights (and obligations) clearly do exist and they do not wholly disappear until the age of majority. The modern law, however, is that the courts will exercise increasing restraint in that regard as a child grows to and through adolescence. [Emphasis added; paras. 16 and 13.]

(See also *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637.)

[59] As in the United Kingdom, where deferring to the wishes of a child under 16 was likely to jeopardize his or her potential for a healthy future, treatment has always been ordered by courts in Canada over the refusal of the adolescent and his or her parents. In *H. (T.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1996), 138 D.L.R. (4th) 144 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), the 13-year-old patient suffered from aplastic anaemia. She and her mother, both Jehovah's Witnesses, refused to consent to any treatment involving blood products. The two treating physicians, as well as a child psychiatrist, testified that the girl lacked the maturity to judge the

sur l'arrêt *Gillick*, le juge Kerans a conclu que la fille était capable de consentir en son propre nom à l'avortement. Toutefois, comme dans *Gillick*, la thèse avancée dans *Wren* n'était pas que le « mineur mature » est essentiellement un adulte en matière de traitement médical, mais plutôt que les tribunaux devaient permettre aux adolescents d'exercer leur autonomie dans la mesure où ils possèdent la maturité nécessaire :

> [TRADUCTION] Comment le principe s'applique-t-il en l'espèce? Nous déduisons des circonstances décrites à l'audience que cette femme enceinte et ses parents avaient fait le tour des questions morales en cause et, malheureusement, qu'ils divergeaient d'opinion. Nous ne pouvons inférer de ce désaccord que cette femme enceinte ne possédait pas une intelligence et une compréhension suffisantes pour prendre une décision. Il a été concédé par ailleurs qu'il s'agissait d'une « adolescente de 16 ans normale et intelligente ». Nous en concluons qu'elle avait une intelligence et une compréhension suffisantes pour prendre une décision et qu'elle a pris cette décision. Compte tenu de son âge et de son niveau de compréhension, le droit prévoit qu'il faut lui permettre de le faire.
>
> . . .
>
> . . . L'existence de droits (et d'obligations) parentaux est incontestable, et ils ne disparaissent entièrement qu'à l'âge de la majorité. En droit moderne, toutefois, les tribunaux limitent de plus en plus leur intervention à cet égard au fur et à mesure que l'enfant grandit en âge et avance dans l'adolescence. [Je souligne; par. 16 et 13.]

(Voir aussi *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637.)

[59] À l'instar des tribunaux britanniques, lorsque les volontés d'un enfant de moins de 16 ans risquaient, si elles étaient suivies, de compromettre ses possibilités d'avoir un avenir sain, les tribunaux canadiens ont toujours ordonné le traitement malgré le refus de l'adolescent ou de ses parents. Dans *H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (1996), 138 D.L.R. (4th) 144 (C. Ont. (Div. gén.)), la patiente, âgée de 13 ans, souffrait d'anémie aplastique. Sa mère et elle, toutes deux témoins de Jéhovah, avaient refusé de consentir à tout traitement nécessitant l'administration de produits sanguins. Les deux médecins

foreseeable consequences of her decision. She was found not "capable of expression of refusal of consent" and therefore made a temporary ward of the state so that she could be treated.

[60] In *Dueck (Re)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 761 (Sask. Q.B.), a 13-year-old boy refused to consent to further chemotherapy and surgery of his leg. Rothery J. found that he was not capable of refusing consent because he was deeply influenced by his father, whom he always obeyed without question. The father controlled the information the boy was getting about treatment, and misled him with respect to the nature of his condition, the treatment proposed, and the likelihood that the non-medical alternative therapies the father preferred would be successful. The boy's decision to refuse treatment was therefore found not to be voluntary, and the court ordered that he receive the treatments.

[61] In *Alberta (Director of Child Welfare) v. H. (B.)*, 2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752, a 16-year-old girl was diagnosed with acute myeloid leukemia. The recommended course of treatment was intense chemotherapy, which would require the use of blood products. Such treatment had a success rate of 40-50 percent, which increased to 50-65 percent if accompanied by a bone marrow transplant. The girl and her parents, Jehovah's Witnesses, refused to consent to the use of blood products. The father later changed his mind and consented, but the hospital and physicians would not treat the girl over her own refusal, since they were of the view that she was a mature adolescent and therefore entitled to refuse treatment. The Director of Child Welfare sought an apprehension and medical treatment order. Jordan Prov. Ct. J. found that the girl was not mature enough to make the decision to die, concluding that she had

not had the life or developmental experience which would allow her to question her faith and/or its teachings

traitants ainsi qu'un pédopsychiatre ont témoigné que la fille n'avait pas la maturité requise pour évaluer les conséquences prévisibles de sa décision. Le tribunal a conclu qu'elle n'avait pas [TRADUCTION] « la capacité d'exprimer un refus de consentement » et l'a confiée temporairement à la tutelle de l'État pour qu'elle puisse être traitée.

[60] Dans *Dueck (Re)* (1999), 171 D.L.R. (4th) 761 (B.R. Sask.), un garçon de 13 ans avait refusé de consentir à la poursuite de la chimiothérapie et à une opération chirurgicale de sa jambe. La juge Rothery a conclu qu'il n'avait pas la capacité de refuser un consentement en raison de la grande influence que son père, auquel il avait toujours obéi aveuglément, exerçait sur lui. Le père contrôlait l'information que le garçon recevait sur le traitement envisagé et ne lui disait pas la vérité au sujet de son état, du traitement proposé et des chances de succès des thérapies non médicales qu'il privilégiait. Le tribunal a donc estimé que la décision du garçon de refuser le traitement n'était pas volontaire et a ordonné le traitement.

[61] Dans *Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)*, 2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752, les médecins avaient recommandé qu'une fille de 16 ans chez qui l'on avait diagnostiqué une leucémie myéloïde aigüe entreprenne une chimiothérapie intensive comportant l'administration de produits sanguins, traitement qui avait 40-50 p. 100 de chances de succès, un pourcentage qui s'élevait à 50-65 p. 100 si le traitement s'accompagnait d'une greffe de moelle osseuse. La fille et ses parents, témoins de Jéhovah, ont refusé de consentir au recours à des produits sanguins. Par la suite, le père est revenu sur sa décision et a donné son consentement, mais l'hôpital et les médecins n'ont pas voulu traiter la fille contre son gré, estimant qu'ils avaient affaire à une adolescente mature qui avait le droit de refuser un traitement médical. Le directeur des services du bien-être à l'enfance a demandé une ordonnance d'appréhension et de traitement médical. La juge Jordan de la Cour provinciale a conclu que la fille n'avait pas la maturité nécessaire pour décider de mourir, estimant qu'elle n'avait pas

[TRADUCTION] l'expérience de vie et le développement nécessaires pour s'interroger sur les préceptes de

and that such experience is an essential step in arriving at a personal level of development such that she can be considered to be a mature minor who has the capacity to refuse medical treatment which is necessary to save her life. Intelligence, thoughtfulness, exemplary behaviour and notable academic achievement are not sufficient when the magnitude of the decision faced by a 16 year-old involves a certain risk of death. [p. 761]

The decision was upheld at the Court of Queen's Bench, 2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616, aff'd 2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644, leave to appeal refused, [2002] 3 S.C.R. vi, on the ground that the relevant provincial legislation ousted the common law rule of mature minor and justified the court's authorizing treatment in the child's best interests. See also *Hôpital Ste-Justine v. Giron*, 2002 CanLII 34269 (Que. Sup. Ct.); *U. (C.) (Next friend of) v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1.

[62] Where a child's decisional capacity to refuse treatment has been upheld, on the other hand, it has been because the court has accepted that the mature child's wishes have been consistent with his or her best interests. In *Re L.D.K.* (1985), 48 R.F.L. (2d) 164 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), for example, the patient was a 12-year-old girl suffering from acute myeloid leukaemia. She and her parents were Jehovah's Witnesses, and refused to consent to chemotherapy that would necessitate blood transfusions. The Children's Aid Society apprehended the girl in order to compel the treatment. Two doctors testified that the odds of a favourable outcome after treatment were relatively low (around 30 percent) and that the side effects were severe. The trial judge, Main Prov. Ct. J., accepted the girl's commitment to her religious beliefs and to fighting against any transfusion, and found that "the emotional trauma [the child] would experience" in forced treatment would outweigh the anticipated benefits (p. 169). He refused to make her a ward of the state, concluding: "[T]his child's life is equally in danger whichever path is taken, whether she is left here [in hospital] and subjected to this treatment or she is allowed to leave and be treated

sa religion et sur sa foi, expérience dont l'acquisition constitue un élément essentiel pour parvenir à un niveau de développement où l'on peut être considéré comme un mineur mature ayant la capacité de refuser un traitement médical qui est nécessaire pour lui sauver la vie. L'intelligence, le discernement, un comportement exemplaire et de bons résultats scolaires ne suffisent pas lorsque la décision que doit prendre une adolescente de 16 ans comporte un risque certain de décès. [p. 761]

La Cour du Banc de la Reine a maintenu la décision, 2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616, conf. par 2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644, autorisation d'appel refusée, [2002] 3 R.C.S. vi, au motif que la loi provinciale pertinente supplantait le principe du mineur mature reconnue en common law et justifiait que le tribunal autorise le traitement dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Voir aussi *Hôpital Ste-Justine c. Giron*, 2002 CanLII 34269 (C.S. Qué.); *U. (C.) (Next friend of) c. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1.

[62] Par ailleurs, les tribunaux ont confirmé la capacité de l'enfant de décider de refuser un traitement lorsqu'ils estimaient que les volontés de l'enfant mature étaient compatibles avec son intérêt supérieur. Par exemple, dans *Re L.D.K.* (1985), 48 R.F.L. (2d) 164 (C. prov. Ont. (Div. fam.)), il s'agissait d'une patiente de 12 ans atteinte de leucémie myéloïde aiguë. Ses parents et elle étaient témoins de Jéhovah et ont refusé de consentir à la chimiothérapie qui aurait nécessité des transfusions de sang. La société d'aide à l'enfance a appréhendé la fille pour la contraindre à suivre le traitement. Deux médecins ont témoigné que les probabilités de succès étaient relativement faibles (environ 30 p. 100) et les effets secondaires, importants. Le juge Main, qui a été saisi de la demande, a accepté l'engagement de la fille à vivre selon ses croyances religieuses et à s'opposer à toute transfusion, et a estimé que [TRADUCTION] « le traumatisme émotionnel que subirait [cette enfant] » si on la forçait à recevoir le traitement serait supérieur au bénéfice espéré (p. 169). Il a refusé de la confier à la tutelle de l'État, concluant : [TRADUCTION] « [L]a vie de cette enfant est tout aussi en danger quelle que soit la décision, à savoir qu'elle reste ici [à l'hôpital] et

according to the wishes and beliefs of herself and her parents" (p. 170).

[63] In *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91 (Nfld. S.C.), the court was faced with an application from the Director of Child Welfare to impose treatment on a 15-year-old Jehovah's Witness who had cancer. The treating doctor was of the view that the young person required blood transfusions as well as chemotherapy. The court found both that the child was mature and that it was not in his best interests to impose treatment. Wells J. noted that the treatment was less than 40 percent likely to be effective, was not "essential", and was contrary to the mature adolescent's wishes. He was not, therefore, found to be a child in need of protection and subject to the state's care. (See also *Region 2 Hospital Corp. v. Walker* (1994), 150 N.B.R. (2d) 366 (C.A.).)

Other Jurisdictions

[64] Not surprisingly, the relationship between an adolescent's maturity and his or her right to "medical self-determination" has been canvassed in other jurisdictions.

[65] The Supreme Court of the United States has never commented directly on the legal rights of mature adolescents to direct their own medical care, although it has recognized that some minors possess the maturity to make certain specific constitutionally protected decisions, including the decision to have an abortion (see, e.g., *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, Attorney General of Missouri*, 428 U.S. 52 (1976)). In *Bellotti, Attorney General of Massachusetts v. Baird*, 443 U.S. 622 (1979), however, the court indicated that adolescents' constitutional rights could not "be equated with those of adults" due to "the particular vulnerability of children; their inability to make critical decisions in an informed, mature manner; and the importance of the parental role in child rearing" (p. 634). Neglecting to draw a clear distinction between incompetent younger children and older adolescents, the Supreme Court in

subisse le traitement ou qu'on lui permette de partir et d'être traitée conformément à ses croyances et volontés et à celles de ses parents » (p. 170).

[63] Dans *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.S.T.-N.), le tribunal était saisi d'une demande du directeur des services du bien-être à l'enfance visant à imposer un traitement à un témoin de Jéhovah âgé de 15 ans, qui avait le cancer. Le médecin traitant estimait que le jeune devait recevoir des transfusions sanguines et aussi être traité par chimiothérapie. Le tribunal a conclu à la maturité de l'enfant et statué qu'il n'était pas dans son intérêt supérieur de l'obliger à subir un traitement. Le juge Wells a indiqué que le traitement avait moins de 40 p. 100 de chances d'être efficace, qu'il n'était pas [TRADUCTION] « essentiel » et qu'il allait à l'encontre de la volonté d'un adolescent mature. Celui-ci n'était donc pas un enfant ayant besoin de protection et devant être confié à l'État. (Voir aussi *Region 2 Hospital Corp. c. Walker* (1994), 150 R.N.-B. (2e) 366 (C.A.).)

Autres ressorts

[64] Comme on pouvait s'y attendre, d'autres ressorts ont également examiné à fond la relation entre la maturité d'un adolescent et son droit à « l'autodétermination en matière médicale ».

[65] La Cour suprême des États-Unis ne s'est jamais prononcée directement sur le droit juridique des adolescents matures de décider de leurs soins médicaux, bien qu'elle ait reconnu que certains mineurs ont la maturité nécessaire pour prendre certaines décisions précises jouissant d'une protection constitutionnelle, notamment la décision de recourir à l'avortement (voir, p. ex., *Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth, Attorney General of Missouri*, 428 U.S. 52 (1976)). Toutefois, dans *Bellotti, Attorney General of Massachusetts c. Baird*, 443 U.S. 622 (1979), la cour a indiqué que les droits constitutionnels des adolescents ne pouvaient [TRADUCTION] « équivaloir à ceux des adultes » étant donné « la vulnérabilité particulière des enfants, leur incapacité de prendre des décisions critiques de façon éclairée et mature et l'importance du rôle des parents dans l'éducation des enfants » (p. 634). Sans établir une distinction

Parham, Commissioner, Department of Human Resources of Georgia v. J. R., 442 U.S. 584 (1979), held that "[m]ost children, even in adolescence, simply are not able to make sound judgments concerning many decisions, including their need for medical care or treatment" (p. 603).

[66] Individual states have approached the issue of adolescent decision making in various ways, some enacting statutory exceptions to the default presumption of incapacity, and some embracing the common law "mature minor" doctrine to varying degrees. As in the U.K. and Canada, no state court has gone so far as to suggest that the "mature minor" doctrine effectively "reclassifies" mature adolescents as adults for medical treatment purposes. The variance in the jurisprudence from the different states is captured in some of the following cases and academic writing: *Cardwell v. Bechtol*, 724 S.W.2d 739 (Tenn. 1987); *Belcher v. Charleston Area Medical Center*, 422 S.E.2d 827 (W. Va. 1992); *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989); *In the Matter of Long Island Jewish Medical Center*, 557 N.Y.S.2d 239 (Sup. Ct. 1990); *Novak v. Cobb County-Kennestone Hospital Authority*, 849 F. Supp. 1559 (N.D. Ga. 1994), aff'd 74 F.3d 1173 (11th Cir. 1996); *In the Matter of Rena*, 705 N.E.2d 1155 (Mass. App. Ct. 1999); *Commonwealth v. Nixon*, 761 A.2d 1151 (Pa. 2000). See also Rhonda Gay Hartman, "Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making" (2002), 28 *Am. J. L. & Med.* 409; Jonathan F. Will, "My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs" (2005-2006), 22 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 233; Elizabeth S. Scott, "The Legal Construction of Adolescence" (2000-2001), 29 *Hofstra L. Rev.* 547; Jennifer L. Rosato, "Let's Get Real: Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making" (2001-2002), 51 *DePaul L. Rev.* 769.

claire entre les jeunes enfants mentalement incapables et les adolescents plus âgés, la Cour suprême a statué dans *Parham, Commissioner, Department of Human Resources of Georgia c. J. R.*, 442 U.S. 584 (1979), que [TRADUCTION] « [l]a plupart des enfants, même à l'adolescence, sont tout simplement incapables d'exercer un jugement judicieux à l'égard de nombreuses décisions, notamment celles concernant les soins et traitements médicaux dont ils ont besoin » (p. 603).

[66] Différents États ont abordé de diverses façons la question de la capacité décisionnelle des adolescents. Certains ont prévu des exceptions légales à la présomption par défaut d'incapacité, alors que d'autres ont adopté à divers degrés le principe du « mineur mature » reconnu en common law. Tout comme au Royaume-Uni et au Canada, aucun tribunal américain n'est allé jusqu'à laisser entendre que le principe du « mineur mature » équivaut en fait à « reclassifier » les adolescents matures comme adultes en matière de traitement médical. Les variantes dans la jurisprudence des différents États sont exposées dans certains des articles et décisions suivants : *Cardwell c. Bechtol*, 724 S.W.2d 739 (Tenn. 1987); *Belcher c. Charleston Area Medical Center*, 422 S.E.2d 827 (W. Va. 1992); *In re E.G.*, 549 N.E.2d 322 (Ill. 1989); *In the Matter of Long Island Jewish Medical Center*, 557 N.Y.S.2d 239 (Sup. Ct. 1990); *Novak c. Cobb County-Kennestone Hospital Authority*, 849 F. Supp. 1559 (N.D. Ga. 1994), conf. par 74 F.3d 1173 (11th Cir. 1996); *In the Matter of Rena*, 705 N.E.2d 1155 (Mass. App. Ct. 1999); *Commonwealth c. Nixon*, 761 A.2d 1151 (Pa. 2000). Voir aussi Rhonda Gay Hartman, « Coming of Age : Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making » (2002), 28 *Am. J. L. & Med.* 409; Jonathan F. Will, « My God My Choice : The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs » (2005-2006), 22 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 233; Elizabeth S. Scott, « The Legal Construction of Adolescence » (2001-2002), 29 *Hofstra L. Rev.* 547; Jennifer L. Rosato, « Let's Get Real : Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making » (2001-2002), 51 *DePaul L. Rev.* 769.

[67] Australian courts too have recognized the "mature minor" rule. In *Secretary, Department of Health and Community Services v. J.W.B. (Marion's Case)* (1992), 175 C.L.R. 218, the High Court of Australia stated:

> The common law in Australia has been uncertain as to whether minors under sixteen can consent to medical treatment in any circumstances. However, the recent House of Lords decision in *Gillick v. West Norfolk A.H.A.* is of persuasive authority. The proposition endorsed by the majority in that case was that parental power to consent to medical treatment on behalf of a child diminishes gradually as the child's capacities and maturity grow and that this rate of development depends on the individual child. . . . A minor is, according to this principle, capable of giving informed consent when he or she "achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed".
>
> This approach, though lacking the certainty of a fixed age rule, accords with experience and with psychology. It should be followed in this country as part of the common law. [pp. 237-38]

[68] And, as elsewhere, Australian courts have determined that their authority to make orders in respect of children's welfare, including medical treatment, is not limited by the decisions of a "*Gillick*-competent" minor (see *Director General, New South Wales Department of Community Services v. Y.*, [1999] NSWSC 644 (AustLII), at paras. 99-103). The treatment decisions of even mature children can therefore be overridden by a court exercising its *parens patriae* jurisdiction or the Family Court's almost identical statutory jurisdiction. In *Minister for Health v. A.S.*, [2004] WASC 286, 33 Fam. L.R. 223, for example, the Supreme Court of Western Australia stated that the court will almost always override a child's decision to refuse life-saving or life-prolonging treatment, in accordance with the child's best interests. While the views of the child are relevant to the "best interests" analysis, and while a court will exercise great caution in overturning them, these wishes alone will not be determinative, regardless of maturity (para. 23; *Marion's Case*, at p. 280).

[67] Les tribunaux australiens ont aussi reconnu le principe du « mineur mature ». Dans *Secretary, Department of Health and Community Services c. J.W.B. (Marion's Case)* (1992), 175 C.L.R. 218, la Haute Cour d'Australie a affirmé :

> [TRADUCTION] La common law australienne n'a pas tranché de façon définitive la question de savoir si les mineurs de moins de seize ans peuvent dans certaines circonstances consentir à des traitements médicaux. Toutefois, l'arrêt récent de la Chambre des lords, *Gillick c. West Norfolk A.H.A.*, est convaincant. La majorité a retenu le principe que le pouvoir parental de consentir à un traitement médical au nom d'un enfant s'amoindrit au fur et à mesure que se développent les capacités de l'enfant et sa maturité, et que cette évolution est propre à chaque enfant. [. . .] Selon ce principe, un mineur est capable de donner un consentement éclairé lorsqu'il « a acquis une compréhension et une intelligence suffisantes pour bien comprendre ce qu'on lui propose ».
>
> Cette approche, bien que moins précise qu'une règle fondée sur un âge déterminé, tient compte de l'expérience acquise et des facteurs psychologiques. Elle devrait s'appliquer au pays en tant que règle de common law. [p. 237-238]

[68] Comme les tribunaux des autres pays, ceux d'Australie ont décidé que leur pouvoir de rendre des ordonnances à l'égard du bien-être des enfants, notamment en matière de traitement médical, n'est pas limité par les décisions prises par des mineurs « capables au sens de l'arrêt *Gillick* » (voir *Director General, New South Wales Department of Community Services c. Y.*, [1999] NSWSC 644 (AustLII), par. 99-103). Un tribunal exerçant sa compétence *parens patriae* ou la compétence légale presque identique dont est investie la Cour de la famille peut donc passer outre aux décisions prises en matière de traitement par les enfants même matures. Par exemple, dans *Minister for Health c. A.S.*, [2004] WASC 286, 33 Fam L.R. 223, la Cour suprême de l'Australie-Occidentale a indiqué que le tribunal passera presque toujours outre à la décision de l'enfant de refuser un traitement pouvant lui sauver ou lui prolonger la vie, conformément à son intérêt supérieur. L'opinion de l'enfant est pertinente pour l'analyse de son « intérêt supérieur » et le tribunal fera preuve de beaucoup de prudence avant de l'écarter, mais les volontés du mineur, à elles seules, ne sont pas déterminantes, quelque soit son degré de maturité (par. 23; *Marion's Case*, p. 280).

[69] What is clear from the above survey of Canadian and international jurisprudence is that while courts have readily embraced the concept of granting adolescents a degree of autonomy that is reflective of their evolving maturity, they have generally not seen the "mature minor" doctrine as dictating guaranteed outcomes, particularly where the consequences for the young person are catastrophic.

Academic Literature

[70] This reluctance to interpret the "mature minor" doctrine as demanding automatic judicial deference to the young person's medical treatment decisions where doing so will put the adolescent's life or health in grave danger seems to stem from the difficulty of determining with any certainty whether a given adolescent is, in fact, sufficiently mature to make a particular decision. As academic legal and social scientific literature in this area reveals, there is no simple and straightforward means of definitively evaluating — or discounting — the myriad of subtle factors that may affect an adolescent's ability to make mature, stable and independent choices in the medical treatment context.

[71] There is considerable support for the notion that while many adolescents may have the technical ability to make complex decisions, this does not always mean they will have the necessary maturity and independence of judgment to make truly autonomous choices. As Jane Fortin significantly observes: "... cognitive capacity to reach decisions does not necessarily correlate with 'mature' judgment" (*Children's Rights and the Developing Law* (2nd ed. 2003), at p. 73). (See also Lucinda Ferguson, "Trial by Proxy: How Section 15 of the *Charter* Removes Age from Adolescence" (2005), 4 *J.L. & Equality* 84, at pp. 84 and 92; Lois A. Weithorn and Susan B. Campbell, "The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions" (1982), 53 *Child Dev.* 1589; Catherine C. Lewis, "A Comparison of Minors' and Adults' Pregnancy Decisions" (1980),

[69] Il ressort clairement de ce survol de la jurisprudence canadienne et de la jurisprudence internationale que, même si les tribunaux ont facilement adopté le principe qu'il convient de conférer aux adolescents un degré d'autonomie correspondant au développement de leur maturité, ils n'ont généralement pas considéré que le principe du « mineur mature » dictait quoi faire dans des circonstances données, surtout lorsque les conséquences sont catastrophiques pour la jeune personne.

Publications d'universitaires

[70] Cette réticence à considérer que le principe du « mineur mature » commande une retenue judiciaire automatique à l'égard des décisions des jeunes en matière de traitement médical qui mettent gravement en danger leur vie ou leur santé semble découler de la difficulté à déterminer avec certitude si un adolescent donné possède réellement une maturité suffisante pour prendre une décision particulière. Comme le révèlent les publications juridiques et de sciences sociales d'universitaires sur cette question, il n'existe pas de moyen simple d'évaluer — ou de rejeter — de façon certaine la myriade de facteurs subtils susceptibles d'influer sur la capacité des adolescents de décider, de façon mature, stable et indépendante, de leur traitement médical.

[71] Beaucoup s'entendent pour dire que de nombreux adolescents peuvent techniquement avoir la capacité de prendre des décisions complexes, mais que cela ne signifie pas toujours qu'ils auront la maturité et l'indépendance de jugement nécessaires pour faire des choix véritablement autonomes. Comme l'a souligné Jane Fortin, [TRADUCTION] « la capacité cognitive de prendre des décisions n'est pas nécessairement en corrélation avec le fait d'avoir un jugement "mature" » (*Children's Rights and the Developing Law* (2e éd. 2003), p. 73). (Voir aussi Lucinda Ferguson, « Trial by Proxy : How Section 15 of the *Charter* Removes Age from Adolescence » (2005), 4 *J.L. & Equality* 84, p. 84 et 92; Lois A. Weithorn et Susan B. Campbell, « The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions » (1982), 53 *Child Dev.* 1589; Catherine C. Lewis, « A Comparison of

50 *Amer. J. Orthopsychiat.* 446; Bruce Ambuel and Julian Rappaport, "Developmental Trends in Adolescents' Psychological and Legal Competence to Consent to Abortion" (1992), 16 *Law & Hum. Behav.* 129; Lainie Friedman Ross, "Health Care Decisionmaking by Children: Is It in Their Best Interest?", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law* (2005), 487, at pp. 488-89; Allen E. Buchanan and Dan W. Brock, *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making* (1990), at p. 221: "[C]hildren may give inadequate weight to the effects of decisions on their future interests, and also fail to anticipate future changes in their values that may be predictable by others.")

[72] Margaret Brazier and Caroline Bridge explore the limits of assessing autonomy in "Coercion or caring: analysing adolescent autonomy", in *Children, Medicine and the Law*, 461, in the context of whether "a teenager brought up in a Jehovah's Witness family [can] make a free choice on a matter central to his family's faith" (p. 468). They propose the following as a model for autonomous choices:

> . . . fully autonomous choice is largely an ideal. . . . The best we can manage is a maximally autonomous choice. In determining whether a particular individual choice demands respect we should look to see whether that choice is undermined by any irremediable defect in the autonomy of the choice in question. [p. 468]

[73] Many experts suggest that due to the very nature of adolescence, adolescent choices may be particularly prone to defects in decisional autonomy. Saul Levine, in his discussion of adolescent decision making in the health care context, concludes that the influences on a minor's capacity to *independently* address and answer crucial health care decisions may be subtle but "profound":

> The minors may be competent according to the . . . developmental and cognitive criteria, and yet their relationship with their parents or with surrogates may be

Minors' and Adults' Pregnancy Decisions » (1980), 50 *Amer. J. Orthopsychiat.* 446; Bruce Ambuel et Julian Rappaport, « Developmental Trends in Adolescents' Psychological and Legal Competence to Consent to Abortion » (1992), 16 *Law & Hum. Behav.* 129; Lainie Friedman Ross, « Health Care Decisionmaking by Children : Is It in Their Best Interest? » dans Michael Freeman, dir., *Children, Medicine and the Law* (2005), 487, p. 488-489; Allen E. Buchanan et Dan W. Brock, *Deciding for Others : The Ethics of Surrogate Decision Making* (1990), p. 221 : [TRADUCTION] « [L]es mineurs risquent de ne pas tenir suffisamment compte des effets des décisions sur leurs intérêts futurs et ne pas anticiper des changements de valeurs futurs que d'autres personnes peuvent prévoir. »)

[72] Dans « Coercion or caring : analysing adolescent autonomy », *Children, Medicine and the Law*, 461, Margaret Brazier et Caroline Bridge explorent les limites de l'évaluation de l'autonomie lorsqu'il s'agit de déterminer si [TRADUCTION] « un adolescent élevé dans une famille dont les membres sont témoins de Jéhovah a la liberté de choix sur les questions touchant un aspect essentiel de la foi de sa famille » (p. 468). Elles proposent le modèle suivant en matière de choix autonome :

> [TRADUCTION] . . . le choix entièrement autonome incarne essentiellement un idéal. [. . .] Le mieux que nous puissions faire est de décider de la manière la plus autonome possible. Pour déterminer si un choix particulier commande le respect, nous devrions chercher à savoir si son caractère autonome est, de quelque manière et de façon irrémédiable, vicié. [p. 468]

[73] De nombreux experts semblent indiquer qu'en raison de la nature même de l'adolescence, les choix des adolescents ont particulièrement tendance à manquer d'autonomie décisionnelle. Dans son analyse du processus décisionnel chez les adolescents dans le contexte des soins de santé, Saul Levine conclut que les influences sur la capacité du mineur de former et d'arrêter *de façon indépendante* une décision cruciale en matière de soins de santé sont peut-être subtiles, mais elles sont « profondes » :

> [TRADUCTION] Il est possible que les mineurs soient des personnes mentalement capables [. . .] sur le plan développemental et cognitif, mais que leurs rapports

complicated and convoluted. Many children do not wish to counter their parents' wishes for fear of hurting them, of losing favor with them, or of engendering feelings of guilt in themselves. Other children and adolescents have a propensity to counter their parents' motivation, because they are in a rebellious phase or mode, or because of deep-seated conflict in the family. This does not do justice to the wide range of possible psychodynamic configurations . . . .

("Informed Consent of Minors in Crucial and Critical Health Care Decisions", in Aaron H. Esman, ed., *Adolescent Psychiatry: The Annals of the American Society for Adolescent Psychiatry* (2000), vol. 25, 203, at p. 211)

According to Levine, an adolescent's decisions may also be particularly affected by social opinion:

The issue of what "they" will think, feel, or say varies with the attitudes and biases prevalent at the time and cannot be underestimated in its power on a child's rationale. "They" could refer to the society as a whole, but, much more so, it is related for the child to his or her local subgroup (nuclear and extended family, church congregation, close family, friends, etc.). [p. 212]

[74] Brazier and Bridge express similar concerns about the potential influence of such external factors on a child's ability to make truly independent choices:

A child of 14 living in a deeply religious home is constrained not just by love and affection for his family but by a continuing relationship of dependency and the limited opportunity he has enjoyed to widen his horizons. [p. 486]

[75] Priscilla Alderson studied decision making in 8- to 15-year-old London students in order to assess their degree of independence from their parents in light of the *Gillick* decision ("Everyday and medical life choices: decision-making among 8- to 15-year-old school students", in *Children, Medicine and the Law*, p. 445). She found that children were more likely to agree with their parents over having surgery or visiting a doctor than over other

avec leurs parents ou leurs tuteurs soient compliqués et alambiqués. Bon nombre d'enfants ne veulent pas aller à l'encontre de la volonté de leurs parents de peur de leur faire de la peine, de ne plus jouir de leurs bonnes grâces ou de se sentir coupables. D'autres enfants et adolescents ont tendance à contredire leurs parents parce qu'ils se trouvent temporairement dans une période de rébellion ou parce qu'il y a un profond conflit familial. Et ces exemples ne constituent pas un tableau exhaustif des nombreuses configurations psychodynamiques possibles . . .

(« Informed Consent of Minors in Crucial and Critical Health Care Decisions », dans Aaron H. Esman, dir., *Adolescent Psychiatry : The Annals of the American Society for Adolescent Psychiatry* (2000), vol. 25, 203, p. 211)

Selon Levine, les opinions sociales peuvent aussi influer particulièrement sur les décisions des adolescents :

[TRADUCTION] Ce « qu'ils » penseront, ressentiront ou diront variera selon les attitudes et les préjugés qui ont cours à l'époque et dont il ne faut pas sous-estimer l'influence sur le raisonnement de l'enfant. « Ils » peut s'entendre de la société en général, mais pour l'enfant, surtout de son sous-groupe local (famille nucléaire, famille élargie, congrégation religieuse, proches, amis, etc.). [p. 212]

[74] Brazier et Bridge expriment des préoccupations semblables au sujet de l'influence potentielle de tels facteurs externes sur la capacité d'un enfant de faire véritablement des choix indépendants :

[TRADUCTION] Un enfant de 14 ans vivant dans une famille profondément religieuse subit les contraintes non seulement de l'amour et de l'affection à l'égard de sa famille, mais aussi d'une relation continue de dépendance et des possibilités limitées dont il a bénéficié pour élargir ses horizons. [p. 486]

[75] Priscilla Alderson a étudié, à la lumière de l'arrêt *Gillick*, le processus décisionnel chez des élèves londoniens âgés de 8 à 15 ans afin de déterminer leur degré d'autonomie par rapport à leurs parents (« Everyday and medical life choices : decision-making among 8- to 15-year-old school students », dans *Children, Medicine and the Law*, p. 445). Elle a conclu que les enfants sont plus susceptibles d'être d'accord avec leurs parents lorsqu'il

decisions, such as what films to watch or friends to spend time with. Alderson also conducted interviews with young people in hospitals. When asked when they thought they would be entitled to consent to surgery, most simply cited the relevant law:

> Replies on consent to surgery are probably influenced by beliefs about the law, rather than by personal preferences. A frequent reply in the hospital study is, "I'm not allowed to consent to surgery until I'm 16, or 18 or [occasionally] 21". Another response is to equate freedom to make medical decisions with being somehow "grown-up", such as old enough to go out to work or to leave home. "Sixteen" or "18" are therefore common answers, and reveal more about public beliefs than particular youngsters' need or ability. [p. 457]

[76] In a separate paper, Alderson argued that social context has a strong influence on children's competency to consent to medical treatment:

> Many factors surround children's consent, and powerfully, often invisibly, influence the child's understanding and decisions. Some of the young patients we met wanted to "be the main decider", others wanted to share in decisions, and others wanted their parents and/or doctors to make decisions for them. Competence is more than a skill, it is a way of relating, and can be understood more clearly when each child's inner qualities are seen within a network of relationships and cultural influences.

("In the genes or in the stars? Children's competence to consent", in *Children, Medicine and the Law*, 549, at p. 553)

[77] Moreover, the health or medical status of the adolescent may in itself affect his or her maturity and ability to make maximally autonomous

s'agit de décider s'ils devraient subir une intervention chirurgicale ou consulter un médecin qu'à l'égard d'autres types de décisions, comme celles de savoir quel film voir ou quels amis fréquenter. Alderson a également interrogé des jeunes dans des hôpitaux. Lorsqu'on leur a demandé quand, à leur avis, ils auraient le droit de consentir à une intervention chirurgicale, la plupart d'entre eux ont simplement cité la loi applicable :

> [TRADUCTION] Les réponses concernant le consentement à une intervention chirurgicale sont probablement le reflet de ce que les répondants croient être prescrit par la loi, plutôt que de leurs préférences personnelles. Voici une réponse qui revient souvent dans l'étude menée en milieu hospitalier : « Je ne suis pas autorisé à consentir à une intervention chirurgicale avant l'âge de 16, 18 ou [parfois] 21 ans ». Une autre réponse consiste à assimiler la liberté de prendre des décisions médicales au fait d'être en quelque sorte un « adulte », c'est-à-dire suffisamment vieux pour travailler ou quitter la maison. « Seize ans » ou « dix-huit ans » sont donc des réponses fréquentes et témoignent plus des croyances de la population que des besoins ou des capacités des jeunes. [p. 457]

[76] Dans un autre article, Alderson avance que le contexte social influe grandement sur la capacité mentale des enfants de consentir à un traitement médical :

> [TRADUCTION] Plusieurs facteurs ont des incidences sur le consentement des enfants et influent fortement, souvent imperceptiblement, sur la faculté de comprendre de l'enfant et sur ses décisions. Parmi les jeunes patients que nous avons rencontrés, certains souhaitaient être les « principaux décideurs » alors que d'autres souhaitaient plutôt participer aux décisions ou que leurs parents et les médecins, seuls ou ensemble, décident pour eux. La capacité mentale est plus qu'une aptitude; c'est une façon d'interagir et elle peut être mieux comprise lorsque les qualités propres à chaque enfant sont examinées dans le contexte d'un faisceau de relations et d'influences culturelles.

(« In the genes or in the stars? Children's competence to consent », dans *Children, Medicine and the Law*, 549, p. 553)

[77] De plus, l'état de santé ou l'état médical de l'adolescent peut en soi avoir des incidences sur sa maturité et sa capacité de décider de la façon la plus

choices, since the ability of an adolescent to provide informed consent may be affected by the chronicity of the illness and by any "discomfort, pain, and malaise" experienced by the young person as a result of his or her condition (Levine, at p. 209).

[78] Clearly the factors that may affect an adolescent's ability to exercise *independent*, mature judgment in making maximally autonomous choices are numerous, complex, and difficult to enumerate with any precision. They include "the individual physical, intellectual and psychological maturity of the minor, the minor's lifestyle [and] the nature of the parent-child relationship" (Manitoba Law Reform Commission, *Minors' Consent to Health Care*, p. 32). While it may be relatively easy to test cognitive competence alone, as the social scientific literature shows, it will inevitably be a far more challenging exercise to evaluate the impact of these other types of factors.

[79] The difficulty and uncertainty involved in assessing maturity has prompted some experts to suggest that children should be entitled to exercise their autonomy only insofar as it does not threaten their life or health. As John Eekelaar remarks:

> We cannot know for certain whether, retrospectively, a person may not regret that some control was not exercised over his immature judgment by persons with greater experience. But could we not say that it is on balance better to subject all persons to this potential inhibition up to a defined age, in case the failure to exercise the restraint unduly prejudices a person's basic or developmental interests?

("The Emergence of Children's Rights" (1986), 6 *Oxford J. Legal Stud.* 161, at pp. 181-82)

(See also Michael D. A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* (1983), c. 2; and Fortin, at p. 76.)

Interpreting Best Interests

[80] These observations take us back to ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act*, and

autonome possible, car la capacité d'un adolescent de donner un consentement éclairé peut être minée par la chronicité de la maladie et par [TRADUCTION] « un inconfort, une douleur ou un malaise » qu'il éprouve en raison de son état (Levine, p. 209).

[78] Les facteurs susceptibles d'influer sur la capacité d'un adolescent d'exercer un jugement mature, *indépendant* pour prendre ses décisions de la façon la plus autonome possible sont clairement nombreux, complexes et difficiles à énumérer avec précision. Citons, par exemple, [TRADUCTION] « la maturité physique, intellectuelle et psychologique propre à l'adolescent, son style de vie [et] la nature de la relation parent-enfant » (Commission manitobaine de réforme du droit, *Minors' Consent to Health Care*, p. 32). Il peut être relativement facile de tester la seule capacité cognitive, mais comme en font foi les publications de sciences sociales il sera inévitablement beaucoup plus difficile d'évaluer les conséquences des autres types de facteurs.

[79] La difficulté et l'incertitude associées à l'évaluation de la maturité ont poussé des experts à avancer que les enfants ne devraient avoir le droit d'exercer leur autonomie que si leur vie ou leur santé ne s'en trouvent pas menacées. Comme le fait remarquer John Eekelaar :

> [TRADUCTION] Nous ne pouvons savoir avec certitude si, après coup, une personne ne regrettera pas que des personnes ayant plus d'expérience n'aient pas exercé un certain contrôle à l'égard de son jugement immature. Mais ne pourrions-nous pas dire que, tout compte fait, il est préférable d'assujettir toute personne à cette restriction potentielle de ses droits jusqu'à un âge déterminé, au cas où l'absence de restriction porterait indûment préjudice à ses intérêts fondamentaux ou en matière de développement?

(« The Emergence of Children's Rights » (1986), 6 *Oxford J. Legal Stud.* 161, p. 181-182)

(Voir aussi Michael D. A. Freeman, *The Rights and Wrongs of Children* (1983), ch. 2; et Fortin, p. 76.)

Interpréter l'intérêt supérieur de l'enfant

[80] Ces observations nous ramènent aux par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et*

to an interpretive approach to "best interests" that is consistent with international standards, developments in the common law, and the reality of childhood and child protection.

[81] The general purpose of the "best interests" standard is to provide courts with a focus and perspective through which to act on behalf of those who are vulnerable. In contrast, competent adults are assumed to be "the best arbiter[s] of [their] own moral destiny" (Giles R. Scofield, "Is the Medical Ethicist an 'Expert'?" (1994), 3(1) *Bioethics Bulletin* 1, at p. 9), and so are entitled to independently assess and determine their own best interests, regardless of whether others would agree when evaluating the choice from an objective standpoint.

[82] The application of an objective "best interests" standard to infants and very young children is uncontroversial. Mature adolescents, on the other hand, have strong claims to autonomy, but these claims exist in tension with a protective duty on the part of the state that is also justified.

[83] The tension between autonomy and child protection is real, often dramatic, and always painful. It is described by Joan M. Gilmour as follows:

> While a mature minor can consent to medically recommended treatment, the extent to which he or she has the power to consent to a treatment that is not beneficial or therapeutic remains unclear. The argument that a minor can only consent to care that would be of benefit (or refuse that which is of little or no benefit) is sometimes referred to as "the welfare principle". It suggests that a mature minor can only make those decisions about medical care that others would consider to be in his or her interests; as such, it challenges the extent of the commitment in law to mature minors' interests in self-determination and autonomy. . . .
>
> . . . [The welfare principle] reflects an uneasiness with autonomy as the overriding value that the law advances in this context, rather than

à la famille et à une interprétation de « l'intérêt supérieur » de l'enfant qui est compatible avec les normes internationales, les développements récents en common law et la réalité de la protection de l'enfance et des enfants.

[81] Le critère de « l'intérêt supérieur » de l'enfant a pour objet général d'indiquer aux tribunaux les considérations qui doivent les guider lorsqu'ils agissent au nom de personnes vulnérables. On présume en revanche que l'adulte mentalement capable est [TRADUCTION] « le meilleur arbitre de sa destinée morale » (Giles R. Scofield, « Is the Medical Ethicist an "Expert"? » (1994), 3(1) *Bioethics Bulletin* 1, p. 9), et qu'il a donc le droit d'évaluer et de déterminer de façon indépendante son intérêt supérieur, peu importe que d'autres personnes qui évalueraient objectivement son choix soient ou non d'accord avec lui.

[82] L'application du critère objectif de « l'intérêt supérieur » de l'enfant aux nourrissons ou à de très jeunes enfants n'est pas matière à controverse. Par contre, les adolescents matures ont des revendications sérieuses en matière d'autonomie, mais celles-ci s'opposent au devoir de protection de l'État, qui est, lui aussi, justifié.

[83] L'opposition entre l'autonomie et la protection de l'enfant est réelle, souvent dramatique et toujours douloureuse. Voici ce qu'en dit Joan M. Gilmour :

> [TRADUCTION] Bien qu'un mineur mature puisse consentir à un traitement recommandé par un médecin, on ne sait pas exactement dans quelle mesure il a le pouvoir de consentir à un traitement qui n'est ni salutaire ni thérapeutique. L'argument qu'un mineur peut consentir seulement à des traitements salutaires (ou refuser ceux qui ne le seraient guère) est parfois qualifié de « principe du bien-être ». Il suppose qu'en matière de soins médicaux le mineur mature peut seulement prendre des décisions que d'autres estimeraient être dans son intérêt; en ce sens, il met en question l'importance accordée sur le plan juridique au droit des mineurs à l'autodétermination et à l'autonomie. . .
>
> . . . [Le principe du bien-être] reflète l'inquiétude que suscite l'idée que l'autonomie, plutôt que la protection de la vie et de la santé du mineur en tant que personne

protection of the minor's life and health as one who is still vulnerable.

("Death and Dying", in Mary Jane Dykeman et al., eds., *Canadian Health Law Practice Manual* (loose-leaf), 8.01, at §8.52 and §8.54)

[84] In my view, any solution to this tension must be responsive to its complexity. As Gilmour points out, and as the English Court of Appeal in *Re W* confirmed, the distinction between principles of welfare and autonomy narrows considerably — and often collapses altogether — when one appreciates the extent to which respecting a demonstrably mature adolescent's capacity for autonomous judgment is "by definition in his or her best interests" (§8.54). (See also Joan M. Gilmour, "Death, Dying and Decision-making about End of Life Care", in Jocelyn Downie, Timothy Caulfield and Colleen M. Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy* (3rd ed. 2007), 437, at p. 443.)

[85] In the vast majority of situations where the medical treatment of a minor is at issue, his or her life or health will not be gravely endangered by the outcome of any particular treatment decision. That is why courts have determined that medical practitioners should generally be free to rely on the instructions of a young person who seems to demonstrate sufficient maturity to direct the course of his or her medical care.

[86] Where a young person comes before the court under s. 25 of the *Child and Family Services Act*, on the other hand, it means that child protective services have concluded that medical treatment is necessary to protect his or her life or health, and either the child or the child's parents have refused to consent. In this very limited class of cases, it is the ineffability inherent in the concept of "maturity" that justifies the state's retaining an overarching power to determine whether allowing the child to exercise his or her autonomy in a given situation actually accords with his or her best interests. The degree of scrutiny will inevitably be most intense in cases where a treatment decision is likely to seriously endanger a child's life or health.

toujours vulnérable, constitue la valeur dominante sur le plan juridique.

(« Death and Dying », dans Mary Jane Dykeman et autres, dir., *Canadian Health Law Practice Manual* (feuilles mobiles), 8.01, §8.52 et §8.54)

[84] À mon sens, pour régler cette opposition, il faut tenir compte de sa complexité. Comme le signale Gilmour et comme l'a confirmé la Cour d'appel de l'Angleterre dans *Re W*, la distinction entre le principe du bien-être de l'enfant et celui de l'autonomie rétrécit considérablement — et souvent disparaît complètement — lorsqu'on réalise que le respect de la capacité d'un adolescent manifestement mature à exercer un jugement autonome est [TRADUCTION] « par définition dans son intérêt » (§8.54). (Voir aussi Joan M. Gilmour, « Death, Dying and Decision-making about End of Life Care », dans Jocelyn Downie, Timothy Caulfield et Colleen M. Flood, dir., *Canadian Health Law and Policy* (3e éd. 2007), 437, p. 443.)

[85] Dans la vaste majorité des cas où il est question du traitement médical d'un mineur, sa vie ou sa santé n'est pas gravement menacée par le résultat d'une décision particulière relative au traitement. C'est pourquoi les tribunaux ont décidé que les médecins devraient en principe avoir la liberté de respecter les instructions des jeunes qui semblent faire preuve de suffisamment de maturité pour décider de leur traitement médical.

[86] Toutefois, le fait que le tribunal soit saisi d'une demande présentée en vertu de l'art. 25 de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* à l'égard d'une jeune personne signifie que les services de protection de l'enfance ont conclu qu'un traitement médical est nécessaire pour protéger sa vie ou sa santé et que cette personne ou ses parents ont refusé d'y consentir. Dans ces cas très rares, c'est l'ineffabilité inhérente au concept de « maturité » qui justifie que l'État conserve le pouvoir suprême de décider s'il est réellement dans l'intérêt supérieur de l'enfant de lui permettre d'exercer son autonomie dans une situation donnée. L'examen de la maturité sera inévitablement très rigoureux si la décision concernant le traitement risque de présenter un danger grave pour la vie ou la santé de l'enfant.

[87] The more a court is satisfied that a child is capable of making a mature, independent decision on his or her own behalf, the greater the weight that will be given to his or her views when a court is exercising its discretion under s. 25(8). In some cases, courts will inevitably be so convinced of a child's maturity that the principles of welfare and autonomy will collapse altogether and the child's wishes will become the controlling factor. If, after a careful and sophisticated analysis of the young person's ability to exercise mature, independent judgment, the court is persuaded that the necessary level of maturity exists, it seems to me necessarily to follow that the adolescent's views ought to be respected. Such an approach clarifies that in the context of medical treatment, young people under 16 should be permitted to attempt to demonstrate that their views about a particular medical treatment decision reflect a sufficient degree of independence of thought and maturity.

[88] As L'Heureux-Dubé J. said in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, "courts must be directed to create or support the conditions which are most conducive to the flourishing of the child" (p. 65 (emphasis added)). And in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, McIntyre J. observed: "It must be the aim of the Court . . . to choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult" (p. 101 (emphasis added)). When applied to adolescents, therefore, the "best interests" standard must be interpreted in a way that reflects and addresses an adolescent's evolving capacities for autonomous decision making. It is not only an option for the court to treat the child's views as an increasingly determinative factor as his or her maturity increases, it is, by definition, in a child's best interests to respect and promote his or her autonomy to the extent that his or her maturity dictates. (See John Eekelaar, "The Importance of Thinking that Children Have Rights" (1992), 6 *Int'l J.L. & Fam.* 221, at pp. 228-29, and "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism" (1994), 8 *Int'l J.L. & Fam.* 42.)

[87] Plus le tribunal est convaincu que l'enfant est capable de prendre lui-même des décisions de façon mature et indépendante, plus il accordera de poids à ses opinions dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire prévu au par. 25(8). Dans certaines affaires, les tribunaux seront inévitablement tellement convaincus de la maturité de l'enfant que le principe du bien-être et celui de l'autonomie ne seront plus distincts et que la volonté de l'enfant deviendra le facteur déterminant. Si, après une analyse approfondie et complexe de la capacité de la jeune personne d'exercer son jugement de façon mature et indépendante, le tribunal est convaincu qu'elle a la maturité nécessaire, il s'ensuit nécessairement, à mon avis, qu'il faut respecter ses opinions. Il ressort d'une telle approche qu'en matière de traitement médical, les moins de 16 ans devraient avoir le droit de tenter de démontrer que leur opinion sur une décision touchant un traitement médical particulier révèle une indépendance d'esprit et une maturité suffisantes.

[88] Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a dit dans *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, « les tribunaux doivent avoir pour consigne de créer ou de favoriser les conditions les plus propices à l'épanouissement de l'enfant » (p. 65 (je souligne)). Dans *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, le juge McIntyre a fait remarquer que « la Cour [. . .] doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d'assurer à l'enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l'armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte » (p. 101 (je souligne)). Par conséquent, dans le cas des adolescents, le critère de « l'intérêt supérieur » de l'enfant doit être interprété de façon à refléter et à prendre en compte le développement de sa capacité de prendre des décisions de façon autonome. Ce n'est pas seulement une option pour les tribunaux d'accorder à l'opinion de l'enfant un poids de plus en plus grand au fur et à mesure du développement de sa maturité, c'est par définition dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'ils respectent et favorisent son autonomie lorsque sa maturité le commande. (Voir John Eekelaar, « The Importance of Thinking that Children Have Rights » (1992), 6 *Int'l J.L. & Fam.* 221, p. 228-229, et « The Interests of the Child and the Child's Wishes : The Role of Dynamic Self-Determinism » (1994), 8 *Int'l J.L. & Fam.* 42.)

[89] This approach to "best interests" finds support in the relevant provisions of the *Child and Family Services Act*. The standard a judge is obliged to follow before deciding whether to authorize treatment for a child under 16 in accordance with s. 25(8) is found in s. 2(1) of the Act. That section sets out the primacy of the child's best interests and delineates a number of considerations to be included in making such a determination. These considerations include the mental, emotional and physical needs of the child; his or her mental, emotional and physical stage of development; the child's views and preferences; and the child's religious heritage. No priority is given to one factor over the other.

[90] What the blending of these factors will actually yield in any particular case will obviously depend on the particular child and the particular circumstances of that child. That is because the best interests standard is necessarily individualistic. As Lorne Rozovsky points out,

> it is quite possible for a particular child to be able to consent to one treatment but not another because of the child's ability to understand one and not the other. Similarly, one child may be able to consent to a particular treatment, whereas another child of the same age may not because of the difference in the mental capabilities of the two children, or because of their individual circumstances.

(*The Canadian Law of Consent to Treatment* (3rd ed. 2003), at p. 83)

[91] Yet this does not mean, as Kaufman J. in this case seemed to suggest, that the standard is a licence for the indiscriminate application of judicial discretion. To divorce the application of the best interests standard from an assessment of the mature child's interest in advancing his or her own autonomous claims would be to endorse a narrow, static and profoundly unrealistic image of the child and of adolescence.

[92] The statutory factors reflect decades of careful study into children's needs and how the law can

[89] Cette interprétation de « l'intérêt supérieur » de l'enfant trouve appui dans les dispositions en cause de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*. Avant de décider s'il doit ou non autoriser le traitement d'un enfant de moins de 16 ans en vertu du par. 25(8), le juge doit respecter le critère énoncé au par. 2(1) de la Loi. Cette disposition prévoit la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant et indique un certain nombre de facteurs dont il faut tenir compte dans la détermination de cet intérêt, notamment les besoins intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son stade d'évolution intellectuelle, affective et physique, ses opinions et préférences ainsi que son patrimoine religieux. Aucune priorité n'est donnée à un facteur par rapport à un autre.

[90] Ce que produira exactement la combinaison de ces facteurs dépendra évidemment de l'enfant et de sa situation particulière puisque le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant suppose nécessairement une appréciation au cas par cas. Comme le souligne Lorne Rozovsky :

> [TRADUCTION] . . . il est bien possible qu'un enfant ait la capacité de consentir à un traitement mais pas à un autre du fait qu'il peut comprendre la nature du premier mais non du second. De même, un enfant peut avoir la capacité de consentir à un traitement particulier alors qu'un autre enfant du même âge ne l'a pas parce que les deux enfants possèdent des capacités mentales différentes ou en raison de leur situation particulière.

(*The Canadian Law of Consent to Treatment* (3e éd. 2003), p. 83)

[91] Cela ne signifie pas, toutefois, comme semblait le laisser entendre le juge Kaufman en l'espèce, que ce critère autorise le juge à exercer sans distinction son pouvoir discrétionnaire. Dissocier l'application du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant de l'évaluation de l'intérêt d'un enfant mature qui fait valoir de façon autonome ses demandes équivaudrait à cautionner une représentation étroite, statique et profondément irréaliste de l'enfance et de l'adolescence.

[92] Les facteurs prévus par la loi sont l'aboutissement de décennies d'études approfondies sur les

best meet them. We have come, with time, to understand the significance of so many relevant considerations which had been previously hidden behind formulaic solutions like "the tender years doctrine". With our evolving understanding has come the recognition that the quality of decision making about a child is enhanced by input from that child. The extent to which that input affects the "best interests" assessment is as variable as the child's circumstances, but one thing that can be said with certainty is that the input becomes increasingly determinative as the child matures. This is true not only when considering the child's best interests in the placement context, but also when deciding whether to accede to a child's wishes in medical treatment situations.

[93] Such a robust conception of the "best interests of the child" standard is also consistent with international instruments to which Canada is a signatory. The *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, which Canada signed on May 28, 1990 and ratified on December 13, 1991, describes "the best interests of the child" as a primary consideration in all actions concerning children (Article 3). It then sets out a framework under which the child's own input will inform the content of the "best interests" standard, with the weight accorded to these views increasing in relation to the child's developing maturity. Articles 5 and 14 of the Convention, for example, require State Parties to respect the responsibilities, rights and duties of parents to provide direction to the child in exercising his or her rights under the Convention, "in a manner consistent with the evolving capacities of the child". Similarly, Article 12 requires State Parties to "assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child" (see also the Council of Europe's *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application*

besoins des enfants et sur la façon dont le législateur peut le mieux y répondre. Avec le temps, nous en sommes venus à comprendre l'importance de tant de facteurs pertinents auparavant cachés derrière des formules telles que « le principe des enfants en bas âge ». Grâce au développement de notre compréhension, nous reconnaissons maintenant que la prise en compte du point de vue de l'enfant améliore la qualité de la prise de décisions concernant cet enfant. La mesure dans laquelle ce point de vue aura une incidence sur l'évaluation de « l'intérêt supérieur » de l'enfant varie en fonction de la situation de l'enfant, mais chose certaine, l'importance accordée à la volonté de l'enfant augmente à mesure qu'il acquiert de la maturité. Cela est vrai non seulement lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est examiné dans le contexte du placement, mais aussi lorsqu'il s'agit de décider s'il faut acquiescer à la volonté d'un enfant pour ce qui est du traitement médical.

[93] Cette interprétation robuste du critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant » est en outre compatible avec des instruments internationaux dont le Canada est signataire. Selon la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n^{o} 3, que le Canada a signée le 28 mai 1990 et ratifiée le 13 décembre 1991, « l'intérêt supérieur de l'enfant » est une considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent les enfants (article 3). Le document instaure ensuite un cadre dans lequel le point de vue de l'enfant sera pris en compte pour l'application du critère de « l'intérêt supérieur », l'importance accordée à son opinion devant augmenter au fur et à mesure de sa maturité. Les articles 5 et 14 de la Convention, par exemple, exigent que les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents de guider l'enfant dans l'exercice des droits qui lui sont conférés par la Convention, « d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ». De même, l'article 12 exige que les États parties « garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité » (voir aussi la *Convention pour la protection des Droits de*

of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Eur. T.S. No. 164, c. II, art. 6: "The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.")

[94] Scrutiny of a child's maturity in a s. 25(8) best interests analysis will require, by definition, an individualized assessment, having regard to the unique situation of the particular child, including the nature of the treatment decision and the severity of its potential consequences. In *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (2nd ed. 1998), J. K. Mason explains:

> . . . I suggest that the degree of understanding required for valid consent to a doctor's advice is different from that needed to refuse to accept an opinion based on years of study and experience. In so saying, I do not deny that a child may, at times, be fully capable of a reasonable refusal of treatment — a refusal which may well be based on considerations other than medical; what I am proposing is that the level of required understanding may be higher in the latter than in the former circumstance. In any event, this is a stance the courts are not afraid to adopt when necessary. [Emphasis deleted; p. 321.]

(See Caroline Bridge, "Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment" (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 585, at p. 590; Gilmour, "Death, Dying and Decision-making about End of Life Care", at p. 443; Barney Sneiderman, John C. Irvine and Philip H. Osborne, *Canadian Medical Law* (2003), c. 20, "The Mature Minor Patient and the Refusal of Treatment", at p. 465.)

[95] In those most serious of cases, where a refusal of treatment carries a significant risk of death or permanent physical or mental impairment, a careful and comprehensive evaluation of the maturity of the adolescent will necessarily have to be undertaken to determine whether his or her decision is a genuinely independent one, reflecting

l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe, S.T.E. n° 164, ch. II, art. 6 : « L'avis du mineur est pris en considération comme un facteur de plus en plus déterminant, en fonction de son âge et de son degré de maturité. »)

[94] L'examen de la maturité d'un enfant dans le cadre de l'analyse de l'intérêt effectuée en vertu du par. 25(8) nécessitera, par définition, une évaluation individuelle compte tenu de la situation particulière de l'enfant, notamment la nature de la décision concernant le traitement et la gravité des conséquences possibles de cette décision. Dans *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (2e éd. 1998), J. K. Mason explique :

> [TRADUCTION] . . . je pense que le degré de compréhension requis pour consentir de façon valable au traitement recommandé par un médecin est différent du degré de compréhension nécessaire pour refuser d'accepter une opinion fondée sur des années d'études et d'expérience. En disant cela, je ne nie pas qu'un enfant puisse dans certains cas être parfaitement capable d'opposer un refus raisonnable à un traitement — le refus pouvant très bien être fondé sur des considérations autres que médicales; je dis seulement que le degré de compréhension requis peut être plus élevé dans le second cas que dans le premier. Quoi qu'il en soit, c'est une position que les tribunaux n'hésitent pas à adopter au besoin. [Soulignement omis; p. 321.]

(Voir Caroline Bridge, « Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment » (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 585, p. 590; Gilmour, « Death, Dying and Decision-making about End of Life Care », p. 443; Barney Sneiderman, John C. Irvine et Philip H. Osborne, *Canadian Medical Law* (2003), ch. 20, « The Mature Minor Patient and the Refusal of Treatment », p. 465.)

[95] Dans les cas les plus graves, où le refus d'un traitement présente un risque élevé de décès ou de déficience physique ou mentale permanente, il faudra nécessairement procéder à une évaluation minutieuse et approfondie de la maturité de l'adolescent pour déterminer si sa décision est prise de façon véritablement indépendante et qu'il comprend

a real understanding and appreciation of the decision and its potential consequences.

[96] As all of this demonstrates, the evolutionary and contextual character of maturity makes it difficult to define, let alone definitively identify. Yet the right of mature adolescents not to be unfairly deprived of their medical decision-making autonomy means that the assessment must be undertaken with respect and rigour. The following factors may be of assistance:

- What is the nature, purpose and utility of the recommended medical treatment? What are the risks and benefits?
- Does the adolescent demonstrate the intellectual capacity and sophistication to understand the information relevant to making the decision and to appreciate the potential consequences?
- Is there reason to believe that the adolescent's views are stable and a true reflection of his or her core values and beliefs?
- What is the potential impact of the adolescent's lifestyle, family relationships and broader social affiliations on his or her ability to exercise independent judgment?
- Are there any existing emotional or psychiatric vulnerabilities?
- Does the adolescent's illness or condition have an impact on his or her decision-making ability?
- Is there any relevant information from adults who know the adolescent, like teachers or doctors?

This list is not intended to represent a formulaic approach. Its objective is to assist courts in assessing the extent to which a child's wishes reflect true, stable and independent choices.

et évalue bien la décision et ses conséquences possibles.

[96] Comme tout cela le démontre, en raison de son caractère évolutif et contextuel, la maturité est difficile à définir, et encore plus à déterminer de façon définitive. Or, le droit des adolescents matures à ne pas être injustement privés de la possibilité de prendre de façon autonome des décisions médicales commande que l'évaluation soit effectuée avec respect et rigueur. Voici les facteurs qui peuvent être utiles :

- Quels sont la nature, le but et l'utilité du traitement médical recommandé? Quels en sont les risques et les bénéfices?
- L'adolescent a-t-il démontré avoir la capacité intellectuelle et le discernement requis pour comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre la décision et d'en évaluer les conséquences possibles?
- Y a-t-il une raison de croire que l'opinion de l'adolescent est bien arrêtée et qu'elle reflète véritablement ses valeurs et croyances profondes?
- Quel impact pourraient avoir le style de vie de l'adolescent, ses relations avec sa famille et ses affiliations sociales sur sa capacité d'exercer tout seul son jugement?
- L'adolescent a-t-il des troubles émotionnels ou psychiatriques?
- L'état ou la maladie de l'adolescent ont-ils des incidences sur sa capacité de décider?
- Y a-t-il des renseignements pertinents fournis par des adultes qui connaissent l'adolescent, par exemple des enseignants ou des médecins?

Cette liste ne prétend pas être une formule. Elle vise seulement à aider les tribunaux à déterminer dans quelle mesure les volontés exprimées par l'enfant reflètent des choix véritables, durables et autonomes.

Constitutional Diagnosis

[97] Constitutional compliance in the context of the medical treatment decisions anticipated by ss. 25(8) and 25(9) means that the best interests standard must be interpreted in a way that is not arbitrary (to avoid violating s. 7 of the *Charter*); not discriminatory on the basis of age (to avoid a s. 15 violation); and not contrary to a child's right to freedom of religion protected by s. 2(*a*). A.C. argued that all such constitutional violations can be avoided by allowing someone in her position to attempt to demonstrate sufficient maturity to have her treatment wishes respected.

[98] In my view, this is exactly what the best interests standard requires in medical treatment decision cases for adolescents. When the "best interests" standard is applied in a way that takes into increasingly serious account the young person's views in accordance with his or her maturity in a given treatment case, the legislative scheme created by ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act* is neither arbitrary, discriminatory, nor violative of religious freedom.

[99] We turn first to whether ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act*, as interpreted in these reasons, violate A.C.'s rights under s. 7 of the *Charter*.

[100] An order imposing medical treatment under s. 25 implicates a child's liberty and security of the person. Wilson J., in *Morgentaler*, stated that "[liberty], properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance" (p. 166; see also *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 49: " . . . 'liberty' is engaged where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices"; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66: "[T]he

Diagnostic constitutionnel

[97] Pour qu'il y ait conformité constitutionnelle dans le contexte d'une décision sur un traitement médical visée par les par. 25(8) et (9), le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant doit recevoir une interprétation qui ne soit ni arbitraire (pour éviter de violer l'art. 7 de la *Charte*), ni discriminatoire en raison d'une distinction fondée sur l'âge (pour ne pas enfreindre l'art. 15), ni contraire au droit à la liberté de religion de l'enfant, qui est protégé par l'al. 2*a*). A.C. a fait valoir qu'on peut éviter de telles violations constitutionnelles en permettant aux personnes dans une situation semblable à la sienne de tenter de démontrer qu'elles ont acquis une maturité suffisante pour qu'on respecte leur volonté concernant un traitement.

[98] À mon avis, c'est justement ce que le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant exige à l'égard des décisions concernant le traitement médical des adolescents. Lorsqu'on applique le critère de « l'intérêt supérieur » de façon à accorder, en fonction de la maturité de l'enfant, de plus en plus de poids à son opinion sur un traitement donné, le régime législatif créé par les par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* n'est ni arbitraire, ni discriminatoire, ni contraire à la liberté de religion.

[99] Déterminons d'abord si, d'après l'interprétation qui en est faite dans les présents motifs, les par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* violent les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à A.C.

[100] Une ordonnance imposant un traitement médical en vertu de l'art. 25 met en cause le droit de l'enfant à la liberté et à la sécurité de sa personne. Dans *Morgentaler*, la juge Wilson a affirmé que cette « [liberté], bien interprété[e], confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne » (p. 166; voir aussi *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 49 : « . . . la "liberté" est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix

right to liberty . . . protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference"). And in *Rodriguez*, Sopinka J. for the majority confirmed that the concept of security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress" (pp. 587-88). As McLachlin J. (as she then was) explained in dissent:

Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact . . . that "s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else". [p. 618]

(See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177: "Section 7 is . . . implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity.")

[101] The notion that ss. 25(8) and 25(9) engage A.C.'s security of the person and liberty interests also finds support in the common law, which, as shown earlier in these reasons, has long recognized "[t]he right to determine what shall, or shall not, be done with one's own body, and to be free from non-consensual medical treatment" (*Fleming*, at p. 85). The principle was adopted by this Court in *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119, at p. 135, where Cory J. explained:

It should not be forgotten that every patient has a right to bodily integrity. This encompasses the right to

importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie »; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66 : « [Le] droit à la liberté [. . .] s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »). Enfin, dans *Rodriguez*, le juge Sopinka, au nom de la majorité, a confirmé que le concept de sécurité de la personne comporte « une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État » (p. 588). Comme l'explique la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans ses motifs dissidents :

La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain. Cela [est conforme au fait que] [TRADUCTION] « l'art. 7 a été adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui ». [p. 618]

(Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1177-1178 : « L'article 7 entre [. . .] en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. »)

[101] La thèse que les par. 25(8) et (9) mettent en cause les droits d'A.C. à la sécurité de sa personne et à la liberté trouve également appui dans la common law, qui, comme nous l'avons déjà vu, reconnaît depuis longtemps [TRADUCTION] « [l]e droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et de ne se voir imposer aucun traitement médical auquel on n'aura pas donné son consentement » (*Fleming*, p. 85). La Cour a adopté ce principe dans *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119, p. 135, où le juge Cory explique :

N'oublions pas que tout patient a droit au respect de l'intégrité de sa personne, ce qui comprend le droit

determine what medical procedures will be accepted and the extent to which they will be accepted. Everyone has the right to decide what is to be done to one's own body. This includes the right to be free from medical treatment to which the individual does not consent. This concept of individual autonomy is fundamental to the common law and is the basis for the requirement that disclosure be made to a patient. If, during the course of a medical procedure a patient withdraws the consent to that procedure, then the doctors must halt the process. This duty to stop does no more than recognize every individual's basic right to make decisions concerning his or her own body.

[102] The inability of an adolescent to determine her own medical treatment, therefore, constitutes a deprivation of liberty and security of the person, which must, to be constitutional, be in accordance with the principles of fundamental justice (Gerald Dworkin, "Consent, Representation, and Proxy Consent," in Willard Gaylin and Ruth Macklin, eds., *Who Speaks For The Child: The Problems of Proxy Consent* (1982), 191, at p. 203).

[103] A.C. argued that if the provisions are interpreted narrowly so that someone under 16 is deprived of the opportunity to demonstrate her capacity, they are arbitrary, and a law that is arbitrary will not be in accordance with the principles of fundamental justice (*Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paras. 129-31, citing *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 135, and *Rodriguez*, at p. 594). As the Chief Justice and Major J. explained in *Chaoulli*: "The state is not entitled to arbitrarily limit its citizens' rights to life, liberty and security of the person" (para. 129). A law will be arbitrary

where "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]". To determine whether this is the case, it is necessary to consider the state interest and societal concerns that the provision is meant to reflect: *Rodriguez*, at pp. 594-95.

In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant. The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal

de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti. Ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la common law et est le fondement de l'obligation de divulgation envers le patient. Si, au cours d'un acte médical, le patient retire son consentement à cet acte, les médecins doivent alors l'interrompre. Il s'agit là d'une obligation qui ne fait que reconnaître le droit fondamental de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps.

[102] L'incapacité d'un adolescent de décider de son propre traitement médical constitue donc une privation des droits à la liberté et à la sécurité de la personne, laquelle, pour être constitutionnelle, doit respecter les principes de justice fondamentale (Gerald Dworkin, « Consent, Representation, and Proxy Consent », dans Willard Gaylin et Ruth Macklin, dir., *Who Speaks For The Child : The Problems of Proxy Consent* (1982), 191, p. 203).

[103] A.C. soutient que, si elles sont interprétées de façon restrictive de sorte qu'elles privent une personne de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer sa capacité, les dispositions sont arbitraires, et une règle de droit arbitraire ne respecte pas les principes de justice fondamentale (*Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 129-131, citant *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 135, et *Rodriguez*, p. 594). Comme la Juge en chef et le juge Major l'ont expliqué dans *Chaoulli*, « [l]'État ne peut pas restreindre arbitrairement le droit de ses citoyens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne » (par. 129). Une règle de droit est arbitraire,

si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif » qu'elle vise. Pour se prononcer à ce sujet, il faut considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles la disposition en cause est censée répondre : *Rodriguez*, p. 594-595.

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l'absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir

and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person's liberty and security, the more clear must be the connection. Where the individual's very life may be at stake, the reasonable person would expect a clear connection, in theory and in fact, between the measure that puts life at risk and the legislative goals. [Emphasis added; paras. 130-31.]

[104] It is therefore necessary to put the analysis into the context of the objectives of the provisions. The overarching goal of statutes such as the *Child and Family Services Act* is to protect children from harm (*Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, 2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519, at para. 15; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at p. 382; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83, at para. 2). In *B. (R.)*, La Forest J. discussed the importance of the state's role in protecting children:

The state's interest in legislating in matters affecting children has a long-standing history. In *R. v. Jones*, *supra*, for example, I acknowledged the compelling interest of the province in maintaining the quality of education. More particularly, the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure. [Emphasis added; para. 88.]

(See also *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 174.) And this Court has long recognized that children are a "highly vulnerable" group (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 56; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 48).

[105] On the other hand, adolescents clearly have an interest in exercising their capacity for autonomous choice to the extent that their maturity allows.

aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur. [Je souligne; par. 130-131.]

[104] Il est donc nécessaire de situer l'analyse dans le contexte des objectifs des dispositions en cause. L'objectif fondamental d'une loi comme la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* est de protéger les enfants (*Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, 2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519, par. 15; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, p. 382; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83, par. 2). Dans *B. (R.)*, le juge La Forest traite de l'importance du rôle de l'État dans la protection des enfants :

Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^me^) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. [Je souligne; par. 88.]

(Voir aussi *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 174.) De plus, la Cour reconnaît depuis longtemps que les enfants forment un groupe « très vulnérable » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 56; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 48).

[105] Par ailleurs, les adolescents ont manifestement un intérêt à exercer leur capacité de faire des choix autonomes dans les limites de leur maturité,

And society has a corresponding interest in nurturing children's potential for autonomy by according weight to their choices in a manner that is reflective of their evolving maturity. In order to promote this objective, "paternalism should always be kept to a minimum and carefully justified" (Fortin, at p. 26).

et la société a un intérêt correspondant à veiller au développement de l'autonomie qui existe à l'état latent chez les enfants, en accordant à leurs décisions une importance qui reflète le développement de leur maturité. Pour favoriser la réalisation de cet objectif [TRADUCTION] « on devrait recourir le moins possible au paternalisme et le justifier avec soin » (Fortin, p. 26).

[106] Given these competing values, a problem arises when a child's interest in exercising his or her autonomy conflicts with society's legitimate interest in protecting him or her from harm. As Fortin remarks (at pp. 26-27): "The difficulty lies in establishing a formula which authorizes paternalistic interventions to protect adolescents from making life-threatening mistakes, but restrains autocratic and arbitrary adult restrictions on their potential for autonomy."

[106] Compte tenu de ces valeurs opposées, le problème surgit lorsque la volonté de l'enfant d'exercer son autonomie entre en conflit avec l'intérêt légitime qu'a la société de le protéger. Comme Fortin le fait remarquer (p. 26-27) : [TRADUCTION] « La difficulté réside dans l'établissement d'une formule qui permette les interventions paternalistes destinées à protéger les adolescents contre les erreurs susceptibles de mettre leur vie en danger, tout en restreignant les limites autocratiques et arbitraires que les adultes pourraient imposer à leur potentiel d'autonomie. »

[107] Given the significance we attach to bodily integrity, it would be arbitrary to assume that no one under the age of 16 has capacity to make medical treatment decisions. It is not, however, arbitrary to give them the opportunity to prove that they have sufficient maturity to do so.

[107] Vu l'importance que nous attachons à l'intégrité physique, il serait arbitraire de présumer qu'aucune personne de moins de 16 ans n'a la capacité de décider de son traitement médical. Il n'est toutefois pas arbitraire de donner à ces jeunes la possibilité de prouver qu'ils ont une maturité suffisante pour s'acquitter d'une telle tâche.

[108] Interpreting the best interests standard so that a young person is afforded a degree of bodily autonomy and integrity commensurate with his or her maturity navigates the tension between an adolescent's increasing entitlement to autonomy as he or she matures and society's interest in ensuring that young people who are vulnerable are protected from harm. This brings the "best interests" standard in s. 25(8) in line with the evolution of the common law and with international principles, and therefore strikes what seems to me to be an appropriate balance between achieving the legislative protective goal while at the same time respecting the right of mature adolescents to participate meaningfully in decisions relating to their medical treatment. The balance is thus achieved between autonomy and protection, and the provisions are, accordingly, not arbitrary.

[108] En interprétant le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant de manière à accorder au jeune une certaine autonomie et une certaine intégrité physiques en fonction de sa maturité, on concilie le droit de l'adolescent à l'autonomie, qui augmente au fur et à mesure qu'il acquiert de la maturité, et l'intérêt qu'a la société de veiller à la protection des jeunes qui sont vulnérables. Ainsi, le critère de « l'intérêt » énoncé au par. 25(8) suit l'évolution de la common law et est conforme aux principes internationaux, et cette interprétation permet donc d'établir ce qui me semble être un juste équilibre entre l'objectif législatif de protection et le respect du droit des adolescents matures de participer de manière significative aux décisions concernant leur traitement médical. L'équilibre entre l'autonomie et la protection est ainsi atteint, et les dispositions en cause ne sont donc pas arbitraires.

[109] A.C. also argued that s. 25(8) violated her s. 15 equality rights on the basis of age. In *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, the Court confirmed that the applicable two-part test under s. 15(1) is:

> (1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground? (2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping? [para. 17]

[110] Age distinctions have frequently been upheld by this Court (see *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; and *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570). (But see *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.) They are currently employed to determine when a person can marry, vote, drive, consent to sexual intercourse and sell property. As noted by McLachlin C.J. in *Gosselin*, it must be recognized that "age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society" (para. 31). In the context of s. 15 of the *Charter*, McLachlin C.J. has commented that while "all age-based legislative distinctions have an element of this literal kind of 'arbitrariness'", this alone does not invalidate them "[p]rovided that the age chosen is reasonably related to the legislative goal" (*Gosselin*, at para. 57).

[111] Age demarcations for allocating presumptions were defended by Jessica W. Berg et al., in *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice* (2nd ed. 2001):

> Most authors in this area agree that age cut-offs should not be used as automatic determinants of de facto capacity for any type of decision but may function as an indicator to shift presumptions. Thus, individuals below the age of consent are presumed to lack capacity unless shown otherwise, and those above the age of

[109] A.C. a aussi fait valoir que le par. 25(8) porte atteinte à ses droits à l'égalité en matière d'âge garantis par l'art. 15. Dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, la Cour a confirmé le critère à deux volets applicable à l'égard du par. 15(1) :

> (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes? [par. 17]

[110] Les distinctions fondées sur l'âge ont souvent été maintenues par la Cour (voir *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570). (Mais voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.) Elles servent à déterminer à compter de quel âge une personne peut se marier, voter, conduire, consentir à un rapport sexuel et vendre un bien. Comme l'a signalé la juge en chef McLachlin dans *Gosselin*, il faut reconnaître que « les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société » (par. 31). Dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, la juge en chef McLachlin a fait observer que les « distinctions législatives fondées sur l'âge possèdent cette "part d'arbitraire" », sans que cela les invalide « [p]ourvu que l'âge choisi ait un lien raisonnable avec l'objectif législatif » (*Gosselin*, par. 57).

[111] Le recours à un âge limite pour justifier une présomption est également défendu par Jessica W. Berg et autres, dans *Informed Consent : Legal Theory and Clinical Practice* (2e éd. 2001) :

> [TRADUCTION] La plupart des auteurs de ce domaine conviennent qu'on ne devrait pas utiliser un âge limite pour déterminer de façon automatique la capacité de fait de prendre tout type de décision, mais que ce critère peut servir d'indicateur pour renverser une présomption. Ainsi, les personnes n'ayant pas atteint l'âge de

consent are presumed to have capacity until shown otherwise. [Emphasis added; p. 97.]

Under the *Child and Family Services Act*, the distinction between promoting autonomy and protecting welfare is presumed to collapse at age 16, subject to evidence to the contrary. But whether a child is under or over 16, the weight that is accorded to his or her views under s. 25 of the Act will ultimately correspond to a court's conclusions about the extent to which the child is capable of making decisions in his or her own best interests. By permitting adolescents under 16 to lead evidence of sufficient maturity to determine their medical choices, their ability to make treatment decisions is ultimately calibrated in accordance with maturity, not age, and no disadvantaging prejudice or stereotype based on age can be said to be engaged. There is therefore no violation of s. 15.

[112] A.C. also alleged that her freedom of religion was infringed because the Act prevented her from refusing medical treatment that is contrary to her religious beliefs. She contends that the legislative scheme in the *Child and Family Services Act* avoids infringing her s. 2(*a*) rights only if she is entitled to lead evidence of sufficient maturity.

[113] This is precisely the effect of interpreting the "best interests" test in s. 25(8) as an evolutionary compendium of considerations that give increased strength to increased maturity. Moreover, consideration of a child's "religious heritage" is one of the statutory factors in determining "best interests". Expanding the deference to a young person's religious wishes as her maturity increases is a proportionate response to her religious rights and the protective goals of s. 25(8).

consentement sont présumées, sauf preuve du contraire, ne pas avoir la capacité voulue alors que celles qui ont plus que l'âge de consentement sont, sauf preuve du contraire, présumées l'avoir. [Je souligne; p. 97.]

Selon la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, la distinction entre promouvoir l'autonomie et protéger le bien-être de l'enfant est présumée disparaître à l'âge de 16 ans, sauf preuve du contraire. Mais qu'un enfant ait moins ou plus de 16 ans, le poids accordé à ses opinions pour l'application de l'art. 25 de la Loi correspondra en définitive aux conclusions du tribunal sur la capacité de l'enfant de prendre des décisions qui soient dans son intérêt supérieur. Si l'on permet aux adolescents de moins de 16 ans de prouver qu'ils ont une maturité suffisante pour prendre des décisions médicales, on se trouve en fin de compte à calibrer leur aptitude à décider du traitement médical en fonction de leur maturité et non de leur âge, et aucun préjudice ou stéréotype désavantageux fondé sur l'âge n'entre en jeu. Il n'y a donc pas de violation de l'art. 15.

[112] A.C. a aussi soutenu qu'il y a eu atteinte à sa liberté de religion parce que la Loi l'empêchait de refuser un traitement médical allant à l'encontre de ses croyances religieuses. Selon elle, pour que le régime législatif établi par la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* ne contrevienne pas aux droits que lui confère l'al. 2*a*), il faut qu'elle ait le droit de présenter une preuve de maturité suffisante.

[113] C'est justement l'effet de l'interprétation du critère de « l'intérêt » de l'enfant énoncé au par. 25(8) selon laquelle il faut considérer ce critère comme un ensemble évolutif de facteurs accordant de plus en plus d'importance à l'opinion d'une personne au fur et à mesure qu'elle acquiert de la maturité. Par ailleurs, la Loi prescrit qu'il faut notamment prendre en considération le « patrimoine religieux » de l'enfant pour déterminer ce qui est dans son « intérêt supérieur ». En considérant les volontés religieuses d'une jeune personne comme un facteur de plus en plus déterminant au fur et à mesure de sa maturité, on apporte une réponse proportionnée à ses droits religieux et aux objectifs de protection du par. 25(8).

[114] In conclusion, I agree with A.C. that it is inherently arbitrary to deprive an adolescent under the age of 16 of the opportunity to demonstrate sufficient maturity when he or she is under the care of the state. It is my view, however, that the "best interests" test referred to in s. 25(8) of the Act, properly interpreted, provides that a young person is entitled to a degree of decisional autonomy commensurate with his or her maturity.

[115] The result of this interpretation of s. 25(8) is that adolescents under 16 will have the right to demonstrate mature medical decisional capacity. This protects both the integrity of the statute and of the adolescent. It is also an interpretation that precludes a dissonance between the statutory provisions and the *Charter*, since it enables adolescents to participate meaningfully in medical treatment decisions in accordance with their maturity, creating a sliding scale of decision-making autonomy. This, in my view, reflects a proportionate response to the goal of protecting vulnerable young people from harm, while respecting the individuality and autonomy of those who are sufficiently mature to make a particular treatment decision.

[116] If ss. 25(8) and 25(9) did in fact grant courts an unfettered discretion to make decisions on behalf of all children under 16, despite their actual capacities, while at the same time presuming that children 16 and over were competent to veto treatment they did not want, I would likely agree that the legislative scheme was arbitrary and discriminatory. A rigid statutory distinction that completely ignored the actual decision-making capabilities of children under a certain age would fail to reflect the realities of childhood and child development. However, this is not the effect of ss. 25(8) and 25(9). As the foregoing analysis demonstrates, a child's maturity and corresponding interest in self-determination will factor significantly into any determination of his or her "best interests" under s. 25(8) of the Act, with the child's views becoming

[114] En conclusion, je conviens avec A.C. qu'il est intrinsèquement arbitraire de priver un adolescent de moins de 16 ans pris en charge par l'État de la possibilité de démontrer qu'il possède une maturité suffisante. J'estime toutefois que l'interprétation correcte du critère de « l'intérêt » visé au par. 25(8) de la Loi permet aux jeunes de se prévaloir, selon leur degré de maturité, de leur droit à l'autonomie décisionnelle.

[115] Cette interprétation du par. 25(8) produit comme résultat que les adolescents de moins de 16 ans ont le droit de démontrer qu'ils possèdent une maturité suffisante pour être capables de prendre des décisions médicales. Tant l'intégrité de la loi que celle de l'adolescent sont ainsi protégées. Cette interprétation écarte en outre toute dissonance entre les dispositions législatives et la *Charte*, car elle permet aux adolescents de participer de façon significative, selon leur degré de maturité, aux décisions concernant leur traitement médical, en créant un critère variable en matière d'autonomie décisionnelle. Ce résultat, à mon avis, reflète une réponse proportionnée qui tient compte de l'objectif de protection des enfants vulnérables tout en respectant l'individualité et l'autonomie de ceux qui sont suffisamment matures pour décider d'un traitement médical particulier.

[116] Si les paragraphes 25(8) et (9) conféraient effectivement aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire absolu de prendre des décisions au nom de tous les enfants de moins de 16 ans, sans égard à leurs capacités réelles, tout en présumant que les enfants de 16 ans ou plus sont mentalement capables d'opposer leur veto à un traitement qu'ils ne veulent pas recevoir, je conviendrais probablement que le régime législatif est arbitraire et discriminatoire. Une distinction légale rigide qui fait complètement abstraction des capacités décisionnelles réelles des enfants ayant moins d'un certain âge ne refléterait pas les réalités de l'enfance et du développement de l'enfant. Il ne s'agit toutefois pas de l'effet des par. 25(8) et (9). Comme l'analyse qui précède le démontre, la maturité de l'enfant et son droit correspondant à l'autodétermination joueront

increasingly determinative as his or her maturity increases.

[117] I would therefore uphold the constitutionality of ss. 25(8) and 25(9) of the *Child and Family Services Act.*

[118] Having determined that ss. 25(8) and 25(9) of the Act are constitutional, the final question is what this means for the present case. A.C. sought an order setting aside Kaufman J.'s treatment order on the basis that she was a mature minor and that her treatment decisions therefore ought to have been respected.

[119] No one in any of the proceedings determined whether A.C. was in fact able to make a mature, independent judgment about her medical treatment, and the psychiatric report was never subjected to a review of any kind, let alone a searching one. Kaufman J. proceeded based on his view that the question of A.C.'s capacity was ultimately irrelevant under the Act, concluding that when a child is under 16, there are no restrictions on the court's ability to authorize medical treatment on his or her behalf. At the Court of Appeal, the question of A.C.'s capacity was not even considered by the court. In response to the Attorney General of Manitoba's argument that the appeal should not be heard because there was no proper evidentiary record of capacity, Steel J.A. stated:

> I agree that the determination of capacity is a delicate issue heavily dependent on the facts. However, it is not necessary to decide the issue of capacity in order to address the legal issue raised in this appeal. The issue is strictly one of statutory interpretation and, depending on the meaning given to the legislation, whether the legislation conforms with the requirements of the *Charter.* [Emphasis added; para. 37.]

[120] Since neither court in the prior proceedings assessed A.C.'s "best interests" in light of her maturity, there is no reviewable judicial determination before us as to A.C.'s ability to make an

un rôle important dans la détermination de son intérêt selon le par. 25(8) de la Loi, l'opinion de l'enfant devenant un facteur de plus en plus déterminant au fur et à mesure de sa maturité.

[117] Je confirme donc la constitutionnalité des par. 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille.*

[118] Maintenant qu'il est établi que les par. 25(8) et (9) de la Loi sont constitutionnels, il reste à déterminer les incidences de cette conclusion en l'espèce. Faisant valoir qu'elle était une mineure mature et que, par conséquent, ses décisions en matière de traitement médical auraient dû être respectées, A.C. a sollicité l'annulation de l'ordonnance de traitement rendue par le juge Kaufman.

[119] Personne dans les instances n'a déterminé si A.C. était effectivement capable d'exercer son jugement de façon mature et indépendante au sujet de son traitement médical, et le rapport psychiatrique n'a jamais fait l'objet d'un examen quelconque et encore moins un examen approfondi. Le juge Kaufman a adopté la position qu'il n'y avait pas lieu de trancher la question de la capacité d'A.C. pour l'application de la Loi, concluant que rien ne restreint la capacité du tribunal d'autoriser un traitement médical au nom d'un enfant de moins de 16 ans. La Cour d'appel, quant à elle, n'a même pas examiné cette question. En réponse à l'argument du procureur général du Manitoba que l'appel n'aurait pas dû être entendu faute de preuve adéquate concernant la question de la capacité, la juge Steel a déclaré :

> [TRADUCTION] Je conviens que la détermination de la capacité est une question délicate, grandement tributaire des faits. Toutefois, il n'est pas nécessaire de la trancher pour se prononcer sur la question juridique soulevée dans le présent appel. Il s'agit strictement d'une question d'interprétation législative et il s'agit de savoir si, selon le sens qui lui est donné, la loi est conforme aux exigences de la *Charte.* [Je souligne; par. 37.]

[120] Étant donné qu'aucun des tribunaux d'instance inférieure n'a évalué « l'intérêt supérieur » d'A.C. eu égard à sa maturité, la Cour n'est saisie d'aucune décision susceptible de contrôle judiciaire

independent, mature decision to refuse the blood transfusions, in accordance with the intense scrutiny contemplated in these reasons for such circumstances. Moreover, the issue of the validity of Kaufman J.'s treatment order is clearly moot — the medical emergency that gave rise to this litigation is long since over and A.C. is no longer under the age of 16.

[121] On the other hand, while A.C. has technically lost her constitutional challenge, she successfully argued that the provisions should be interpreted in a way that allows an adolescent under the age of 16 to demonstrate sufficient maturity to have a particular medical treatment decision respected. In these circumstances, it seems to me appropriate that since this is the major impact of these reasons, she should be awarded her costs.

[122] Accordingly, although the appeal from the Court of Appeal's finding of constitutionality is dismissed, A.C. is entitled to her costs throughout.

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

[123] THE CHIEF JUSTICE — I agree with Abella J. that s. 25(8) of the *Child and Family Services Act*, C.C.S.M. c. C80 ("*CFSA*"), does not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that the applications judge's decision in this case should be upheld. In my view, this conclusion follows from a consideration of what the statute requires and the settled law on ss. 2(*a*), 7 and 15 of the *Charter*. The *CFSA* provides a complete statutory scheme with respect to medical decisions for children and adolescents deemed to be in need of state protection. This comprehensive scheme displaces the existing common law regarding medical decision making by "mature minors". In my view, the constitutional analysis must therefore center on the statute itself.

— effectué selon l'examen rigoureux envisagé dans les présents motifs pour ces circonstances — concernant la capacité d'A.C. de décider de façon indépendante et mature de refuser les transfusions de sang. De plus, la question de la validité de l'ordonnance du juge Kaufman concernant le traitement est manifestement théorique, car l'urgence médicale qui a donné lieu au litige n'existe plus depuis longtemps, et A.C. a maintenant plus de 16 ans.

[121] Par ailleurs, bien que sur le plan technique A.C. n'ait pas eu gain de cause quant à la question constitutionnelle, elle a fait valoir avec succès que les dispositions en cause devraient être interprétées de façon à permettre aux adolescents de moins de 16 ans d'établir qu'ils possèdent une maturité suffisante pour que leur décision concernant un traitement médical donné soit respectée. Dans ces circonstances, comme il s'agit du principal résultat des présents motifs, il me paraît approprié d'accorder à l'appelante ses dépens.

[122] Par conséquent, bien que le pourvoi contre la décision de la Cour d'appel concernant la constitutionnalité des dispositions en cause soit rejeté, A.C. a droit à ses dépens devant toutes les cours.

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

[123] LA JUGE EN CHEF — Je conviens avec la juge Abella que le par. 25(8) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. ch. C80 (« *LSEF* »), ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'en l'espèce la décision du juge des requêtes saisi de la demande doit être confirmée. À mon avis, cette conclusion découle de l'examen des exigences de la loi ainsi que de la jurisprudence bien établie à l'égard de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte*. La *LSEF* prévoit un régime législatif complet à l'égard des décisions médicales concernant les enfants et adolescents réputés avoir besoin de la protection de l'État. Ce régime exhaustif supplante les principes de common law existants qui régissent la prise des décisions médicales par des « mineurs matures ». Par conséquent, l'analyse constitutionnelle doit, selon moi, être centrée sur la loi elle-même.

1. The *CFSA* Displaces the Common Law "Mature Minor" Doctrine

[124] The "mature minor" doctrine was developed as a means to govern the relationship between a medical professional and a minor with capacity. As Abella J. explains, the mature minor doctrine reflects a "recognition that children are entitled to a degree of decision-making autonomy that is reflective of their evolving intelligence and understanding" (para. 46).

[125] The mature minor doctrine remains the relevant common law with respect to capable adolescents' consent to medical treatment. In contrast, however, the Manitoba legislature has addressed the specific child welfare concerns that arise where necessary care is refused. Section 17(2)(b) of the *CFSA* provides that a child in need of protection is one who

> (b) is in the care, custody, control or charge of a person
>
> . . .
>
> (iii) who neglects or refuses to provide or obtain proper medical . . . care or treatment necessary for the health or well-being of the child or who refuses to permit such care or treatment to be provided to the child when the care or treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner;

As Steel J.A. noted for the Court of Appeal:

> The mature minor principle focusses on the right to autonomy and independent decision-making. In child protection legislation, that principle must be balanced against the welfare principle. The state has an interest in the sanctity of life and, in particular, in preserving the life and health of the child.
>
> (2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163, at para. 54)

It is these competing interests, particularly as they apply to younger adolescents, that the *CFSA* attempts to reconcile.

1. La *LSEF* supplante la règle de common law du « mineur mature »

[124] La règle du « mineur mature » a été conçue pour régir la relation entre le professionnel de la santé et le mineur capable. Comme l'explique la juge Abella, cette règle est le reflet de la reconnaissance que les enfants ont droit à « une autonomie décisionnelle correspondant au développement de leur intelligence et de leur compréhension » (par. 46).

[125] La règle du mineur mature continue de s'appliquer en common law au consentement des adolescents capables pour les traitements médicaux. Par contre, l'Assemblée législative du Manitoba a répondu aux préoccupations précises qui surgissent à propos du bien-être des enfants en cas de refus de soins nécessaires. L'alinéa 17(2)b) de la *LSEF* définit comme enfant ayant besoin de protection l'enfant qui

> b) . . . est sous le soin, la garde, la direction ou à la charge d'une personne qui, selon le cas :
>
> . . .
>
> (iii) néglige ou refuse de fournir à l'enfant ou d'obtenir pour lui les soins ou les traitements médicaux [. . .] appropriés, nécessaires à sa santé et à son bien-être, ou qui refuse d'autoriser que ces soins ou ces traitements lui soient fournis, lorsqu'un médecin les recommande;

Comme l'a écrit la juge Steel au nom de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] Le principe du mineur mature est axé sur le droit à l'autonomie et le droit de prendre des décisions de façon indépendante. Dans les lois visant la protection de l'enfance, ce principe doit être soupesé par rapport à celui du bien-être. L'État a un intérêt pour le caractère sacré de la vie et, en particulier, pour la protection de la vie et de la santé de l'enfant.
>
> (2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163, par. 54)

Ce sont ces intérêts opposés, surtout dans le cas des jeunes adolescents, que le *LSEF* tente de concilier.

[126] As Steel J.A. observed:

> The language in s. 25(8) and (9) read together is sufficiently clear to oust the common law rule for those under 16. The legislature intended to supersede the common law and to implement a specific policy choice based upon the best interests of a child under 16 in cases where there has been a determination that a child's life or health is being endangered. Continued application of the mature minor rule in that situation would be inconsistent with the express provisions of the *CFSA*. [para. 57]

In my view, the *CFSA* provides a complete code with respect to medical decision making for or by apprehended minors. It therefore ousts the common law regarding mature minors.

2. What the *CFSA* Provides

[127] The Manitoba *CFSA* deals with the difficult situation of providing medical care to a child in circumstances where the child (defined as anyone under 18 years of age) and his or her parents refuse to consent to treatment. The state has an interest in ensuring that children receive necessary medical care. This Court has held that "[t]he protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure": *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 88, *per* La Forest J.

[128] The parents or the child may, for various reasons, refuse to consent to care that is necessary to protect the child's life or health. Refusal, for whatever reason, may qualify the child as in need of protection: s. 17(2)(b)(iii). Not all refusals will result in a finding that a child is in need of protection. For instance, in *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91, the Newfoundland Supreme Court held that a 15-year-old boy suffering from terminal cancer and refusing a transfusion on religious grounds was not "a child in need of protection"

[126] Comme la juge Steel l'a fait observer :

> [TRADUCTION] Les textes des par. 25(8) et (9) interprétés conjointement sont suffisamment clairs pour supplanter la règle de common law applicable aux moins de 16 ans. Le législateur voulait reléguer la common law au second rang et mettre en œuvre un choix de politique précis fondé sur l'intérêt supérieur des enfants de moins de 16 ans dans les cas où il a été déterminé que la vie ou la santé de l'enfant est en danger. L'application de la règle du mineur mature dans cette situation irait à l'encontre des dispositions expresses de la *LSEF*. [par. 57]

À mon avis, la *LSEF* constitue un code complet en matière de décisions médicales prises par les mineurs appréhendés ou en leur nom. Par conséquent, elle supplante les principes de common law applicables aux mineurs matures.

2. Ce que prévoit la *LSEF*

[127] La *LSEF* du Manitoba traite de la situation difficile où des soins médicaux doivent être prodigués à un enfant et que l'enfant (défini comme étant une personne de moins de 18 ans) ou ses parents refusent de consentir au traitement. L'État a un intérêt à s'assurer que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires. La Cour a conclu que « [l]a protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable » : *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 88, le juge La Forest.

[128] Les parents ou l'enfant peuvent, pour diverses raisons, refuser de consentir au traitement nécessaire à la protection de la vie ou de la santé de l'enfant. Le refus, quelle qu'en soit la raison, peut permettre de considérer que l'enfant a besoin de protection : sous-al. 17(2)b)(iii). Les refus n'entraînent pas tous cette conclusion. Par exemple, dans *Re A.Y.* (1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91, la Cour suprême de Terre-Neuve a conclu qu'un garçon de 15 ans souffrant de cancer en phase terminale et refusant une transfusion pour des raisons religieuses n'était

because the blood transfusion was not considered essential. Whether a child is in need of protection requires a case-by-case analysis with a view to the relevant statutory criteria as discussed more fully below.

[129] Once a child is found to be in need of protection and is apprehended pursuant to s. 21(1), ss. 25(8) and 25(9) set out the process for the judicial authorization of treatment (see Appendix). The legislation allows the court to authorize treatment that it considers to be in the best interests of the child pursuant to the criteria in s. 2(1).

[130] The *CFSA* distinguishes between "children" under 16 years of age and "children" aged 16 to 18. Section 25(8) provides that in the case of children under 16, the judge "may authorize . . . any medical . . . treatment that the court considers to be in the best interests of the child". In the case of children 16 and over, s. 25(9) provides that treatment cannot be ordered without the patient's consent, unless the court is satisfied that he or she is unable to understand the nature of the decision and its likely consequences. As A.C. was under 16 at the time of the order for treatment, s. 25(9) did not apply.

[131] Under both ss. 25(8) and 25(9), the judge ordering treatment must be satisfied that it is in the best interests of the child. The Act defines the "best interests of the child" in s. 2(1). Section 2(1) directs the judge to consider "all relevant matters", and goes on to set out a list of considerations that may be relevant, depending on the nature of the case. In terms of this case, the most important of these are "the mental, emotional, physical and educational needs of the child and the appropriate care or treatment, or both, to meet such needs"; "the child's mental, emotional and physical stage of development"; and "the views and preferences of the child where they can reasonably be ascertained".

[132] In summary, the statute requires the judge making an order for treatment of a minor to be

pas « un enfant ayant besoin de protection », parce que la transfusion sanguine n'était pas considérée comme essentielle. Pour déterminer si l'enfant a besoin de protection, il faut analyser chaque cas en tenant compte des critères législatifs pertinents, qui seront examinés plus en détail plus loin.

[129] Une fois qu'il est conclu que l'enfant a besoin de protection et qu'il est appréhendé en vertu du par. 21(1), l'application des par. 25(8) et (9), qui prévoient le processus d'autorisation de traitement donnée par le tribunal, est déclenchée (voir l'annexe). La loi permet au tribunal d'autoriser le traitement qu'il juge être dans l'intérêt supérieur de l'enfant compte tenu des critères mentionnés au par. 2(1).

[130] La *LSEF* établit une distinction entre les « enfants » de moins de 16 ans et ceux de 16 à 18 ans. Le paragraphe 25(8) stipule que, dans le cas des moins de 16 ans, le juge « peut [. . .] autoriser [. . .] les traitements médicaux [. . .] qu'[il] juge être dans l'intérêt de l'enfant ». Quant aux enfants de 16 ans ou plus, le par. 25(9) prévoit que la cour ne peut ordonner le traitement sans le consentement du patient, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut comprendre la nature de la décision et ses conséquences probables. Comme A.C. avait moins de 16 ans au moment de l'ordonnance de traitement, le par. 25(9) ne s'appliquait pas.

[131] Selon les par. 25(8) et (9), le juge qui ordonne un traitement doit être convaincu qu'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. La Loi définit l'« intérêt supérieur de l'enfant » au par. 2(1). Cette disposition oblige le juge à tenir compte de « toutes les questions pertinentes » et dresse une liste de facteurs susceptibles d'être pertinents, selon la nature de l'affaire. En l'espèce, les considérations les plus importantes sont « les besoins intellectuels, affectifs, physiques et éducatifs de l'enfant et les soins et les traitements appropriés afin de répondre à ces besoins », « le stade d'évolution intellectuelle, affective et physique de l'enfant » et « les opinions et les préférences de l'enfant, lorsqu'elles peuvent être raisonnablement déterminées ».

[132] En résumé, la *LSEF* exige que le juge qui rend une ordonnance de traitement à l'égard d'un

satisfied that the order is in the child's best interests. To determine whether it is in the child's best interests, the judge must consider all relevant circumstances, including the child's needs, mental and emotional maturity and preferences. The judge must weigh the various relevant factors and on that basis arrive at a decision as to whether an order for treatment is in the child's best interests. In the case of a child aged 16 or older, he or she has the right to refuse treatment, unless the judge is satisfied that the child is unable to understand the nature of the decision and its likely consequences.

[133] It will be apparent that the statutory scheme requires the judge in each case to make an independent analysis of all relevant considerations, including those listed in s. 2(1). For this reason, it is dangerous to speculate on whether a judge would ever, under a legislative scheme such as this, decline to order medical treatment for a child under the age of 16 where the result would be probable death. Similarly, it may be unhelpful to hypothesize on where the line between autonomy and treatment should be drawn in particular cases. It is common sense to suggest, however, that the more dangerous the situation from the perspective of the child's security of person, the more compelling must be the case that the child is fully mature, not only in matters of intellect and understanding, but in comprehension of the potential life that lies before her and the full future impact of her immediate choice.

3. Is the Legislation Constitutional?

(a) *The Section 7 Challenge*

[134] A.C. argues that s. 25(8) violates s. 7 of the *Charter*, which provides that the state must not deprive a person of "life, liberty and security of the person", except in accordance with the principles of fundamental justice. A.C. contends that the treatment order by Kaufman J. infringed her liberty and security of the person. More generally, A.C. argues that the statutory scheme, s. 25(8) in

mineur soit convaincu qu'elle est dans son intérêt supérieur. Pour déterminer si c'est le cas, le juge doit tenir compte de tous les facteurs pertinents, notamment les besoins, la maturité intellectuelle et affective et les préférences de l'enfant. Il doit peser les divers facteurs pertinents et, sur ce fondement, décider si l'ordonnance de traitement est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'adolescent de 16 ans ou plus a le droit de refuser un traitement, sauf si le juge est convaincu qu'il n'est pas en mesure de comprendre la nature de la décision et ses conséquences probables.

[133] Il est manifeste que, selon le cadre législatif, le juge doit dans chaque affaire procéder à une analyse indépendante de tous les facteurs pertinents, notamment ceux énumérés au par. 2(1). C'est pourquoi il est dangereux d'émettre des hypothèses sur la question de savoir si un juge pourrait, dans le cadre d'un régime législatif semblable à celui de l'espèce, refuser d'ordonner le traitement médical d'un enfant de moins de 16 ans lorsque cela aurait probablement pour conséquence d'entraîner sa mort. De même, il est peut-être inutile de faire des suppositions quant à l'endroit où il faut tracer la ligne de démarcation entre le droit à l'autonomie et le devoir d'imposer un traitement dans des cas particuliers. Il est toutefois logique que, plus la situation est dangereuse du point de vue de la sécurité de l'enfant, plus il importe que celui-ci ait atteint la maturité, non seulement sur les plans de l'intelligence et de la compréhension, mais aussi sur le plan de l'appréciation de ce que pourra être la vie qui l'attend et de toute l'ampleur des répercussions futures de son choix actuel.

3. La *LSEF* est-elle constitutionnelle?

a) *Le moyen fondé sur l'art. 7*

[134] A.C. fait valoir que le par. 25(8) viole l'art. 7 de la *Charte*, selon lequel l'État ne doit pas porter atteinte au droit de chacun « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne », si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. D'après A.C., l'ordonnance de traitement rendue par le juge Kaufman empiète sur sa liberté et la sécurité de sa personne. De façon plus générale,

particular, deprives her of "liberty" and "security of the person" by allowing a court to order treatment against her wishes. A.C. claims that it does so in a way that is arbitrary and thus contrary to the principles of fundamental justice.

[135] Specifically, A.C. argues that the multi-factored "best interests of the child" approach required by s. 25(8) operates unconstitutionally in the case of a child under 16 who possesses the capacity to make a decision on her treatment. A.C. asserts that a child under 16 who understands the nature of the treatment and its consequences has the constitutional right to refuse treatment under s. 7 of the *Charter*. The state has no right to vest this authority in the court, in her view.

(i) Principles of Fundamental Justice

[136] It is clear that s. 25(8) deprives a child under 16 of the "liberty" to decide her medical treatment. An order for treatment of an unwilling minor may also impinge on her "security of the person", which protects a person's interest in "bodily integrity": *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 56 (*per* Dickson C.J.).

[137] This leaves the question of whether the law infringes liberty and security of the person in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice. This inquiry reflects the fact that the s. 7 liberty or "autonomy" right is not absolute, even for adults. In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, there was broad agreement that the s. 7 right to make decisions about one's body and life may be constrained by law to reflect other competing societal interests. In that case, the competing societal interest was the protection of vulnerable persons who may be subject to coercion to end their life prematurely. The majority (*per* Sopinka J.) held that this balancing of interests occurs under s. 7 through the rubric of the principles of fundamental justice. I took the view (in dissent) that the competing interests should be considered under the s. 1 justification analysis. Notwithstanding these different approaches, all

elle soutient que le régime législatif, en particulier le par. 25(8), la prive de sa « liberté » et de la « sécurité de sa personne » en permettant au tribunal d'ordonner un traitement contre sa volonté, et ce, de façon arbitraire et donc contraire aux principes de justice fondamentale.

[135] Plus particulièrement, A.C. invoque l'inconstitutionnalité du critère aux multiples facteurs de « l'intérêt de l'enfant » requis par le par. 25(8) dans le cas d'un enfant de moins de 16 ans qui a la capacité de décider de son traitement. Elle affirme qu'un enfant de moins de 16 ans qui comprend la nature du traitement et ses conséquences a, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, le droit constitutionnel de le refuser. À son avis, l'État n'a pas le droit de conférer ce pouvoir au tribunal.

(i) Les principes de justice fondamentale

[136] Il est clair que le par. 25(8) prive un enfant de moins de 16 ans de la « liberté » de décider de son traitement médical. Une ordonnance de traitement d'un mineur contre son gré peut aussi empiéter sur la « sécurité de sa personne », qui protège le droit d'une personne à « l'intégrité corporelle » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 56 (le juge en chef Dickson).

[137] Il reste maintenant à décider si la loi en cause porte atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Cet examen reflète le fait que le droit à la liberté ou à « l'autonomie » garanti par l'art. 7 n'est pas absolu, même pour les adultes. Dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, les juges s'accordaient globalement pour dire que le droit conféré par l'art. 7 de prendre des décisions concernant son corps et sa vie peut être restreint par la loi compte tenu d'autres intérêts opposés de la société. Dans cette affaire, l'intérêt opposé de la société était la protection des personnes vulnérables susceptibles d'être amenées par la coercition à mettre un terme à leur vie prématurément. Sous la plume du juge Sopinka, la majorité a statué que cette pondération des intérêts est effectuée en vertu de l'art. 7 par l'application des principes de justice

members of the Court who addressed the issue accepted that limits on personal autonomy that advance a genuine state interest do not violate s. 7 if they are shown to be based on rational, rather than arbitrary grounds.

[138] As Steel J.A. noted at the Court of Appeal, the principles of fundamental justice have both substantive and procedural elements (see Lamer C.J. in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 70 ("the principles of fundamental justice in child protection proceedings are both substantive and procedural")). I will consider each in turn.

(ii) Substantive Principles of Fundamental Justice

[139] A.C. argues that the distinction drawn between children under 16 and children 16 and above violates the substantive principle of fundamental justice that decisions concerning liberty not be arbitrary. Children 16 and over have the right to refuse treatment, provided they understand the treatment and appreciate the consequences of the decision to consent or not consent to treatment. Children under 16, even though they may possess the requisite understanding, do not have that right. Given that age is an inexact proxy for decision-making capacity, A.C. contends that differential treatment based on a child's having attained the age of 16 is arbitrary for the purposes of s. 7.

[140] A limit on a s. 7 interest is arbitrary if it "bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation": *Rodriguez*, at pp. 619-20, *per* McLachlin J., dissenting. As I stated with Major J. in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, "[t]he question in every case is whether

fondamentale. Pour ma part, j'ai estimé (en dissidence) que les intérêts opposés devaient être examinés dans cadre d'une analyse de la justification au sens de l'article premier. Malgré ces approches différentes, tous les juges de la Cour qui ont abordé cette question ont accepté que les limites à l'autonomie personnelle qui font progresser un intérêt véritable de l'État ne contreviennent pas à l'art. 7 s'il est démontré qu'elles reposent sur des motifs rationnels et non arbitraires.

[138] Comme l'a fait observer la juge Steel en Cour d'appel, les principes de justice fondamentale comportent deux éléments : le fond et la procédure (voir le juge en chef Lamer dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 70 (« les principes de justice fondamentale dans les instances concernant la protection des enfants intéressent autant le fond que la procédure »)). Je vais examiner à tour de rôle chacun de ces éléments.

(ii) Les principes de fond de la justice fondamentale

[139] A.C. soutient que la distinction établie entre les enfants de moins de 16 ans et ceux de 16 ans ou plus va à l'encontre du principe de fond de la justice fondamentale selon lequel les décisions concernant la liberté ne sont pas arbitraire. Les enfants d'au moins 16 ans ont le droit de refuser un traitement, à condition de comprendre le traitement et d'évaluer les conséquences de la décision d'y consentir ou non. Les moins de 16 ans, même s'ils possèdent la compréhension requise, n'ont pas ce droit. Comme l'âge est un indicateur inexact de la capacité décisionnelle, A.C. soutient que la différence de traitement fondée sur le fait que l'enfant a atteint ou non l'âge de 16 ans est arbitraire pour l'application de l'art. 7.

[140] Une restriction à un droit conféré par l'art. 7 est arbitraire si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi » : *Rodriguez*, p. 619-620, la juge McLachlin, dissidente. Comme je l'ai mentionné avec le juge Major dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, « [d]ans chaque cas, il faut se demander

the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair" (para. 131).

[141] In order to determine whether a statutory provision is arbitrary and therefore contrary to fundamental justice, "the relationship between the provision and the state interest must be considered": Sopinka J. in *Rodriguez*, at p. 594. In the present case, the relevant statutory provisions address the circumstance where a parent or legal guardian refuses to obtain or allow necessary medical care to be provided to a child in his or her care. Where the affected adolescent also refuses care, a medical professional cannot legally administer treatment. To resolve the dilemma between adolescent autonomy and the state's interest in ensuring child welfare, the *CFSA* allows courts to authorize necessary treatment under certain conditions. The objective of the statutory scheme is to balance society's interest in ensuring that children receive necessary medical care on the one hand, with the protection of minors' autonomy interest to the extent this can be done, on the other. Sections 25(8) and 25(9), informed by s. 2(1), set up a mechanism to achieve this goal.

[142] The question is whether the impugned distinction between minors who have reached the age of 16 and those who have not is related to the legislative objective. In my view, it is.

[143] The legislative decision to vest treatment authority regarding under-16 minors in the courts is a legitimate response, in my view, to heightened concerns about younger adolescents' maturity and vulnerability to subtle and overt coercion and influence. The legislature's decision not to accord a presumption of consent to children under 16 reflects the reality that the judgment of children on momentous personal decisions increases with age. Judgment is a function, not only of intellectual understanding of treatment and the consequences of refusing it, but of experience and independence. To use the term invoked by the Director of Child and Family Services ("Director"), it requires "ethical, emotional maturity" (R.F., at para. 35). As Abella J. explains with reference to the relevant

si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste » (par. 131).

[141] Pour déterminer si une disposition législative est arbitraire et, par conséquent, contraire à la justice fondamentale, « il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État » : le juge Sopinka dans *Rodriguez*, p. 594. En l'espèce, les dispositions législatives en cause traitent de la situation où les parents ou le tuteur légal refusent d'obtenir ou d'autoriser le traitement médical dont a besoin un enfant confié à leurs soins. Si l'adolescent malade refuse également, le médecin ne peut légalement pas administrer le traitement. Pour régler le dilemme entre l'autonomie de l'adolescent et l'intérêt de l'État à veiller au bien-être de l'enfant, la *LSEF* permet au tribunal d'autoriser dans certaines conditions le traitement nécessaire. L'objectif du régime législatif est de mettre en balance l'intérêt de la société à s'assurer que les enfants reçoivent les soins médicaux nécessaires et la protection — dans la mesure du possible — du droit des mineurs à l'autonomie. Les paragraphes 25(8) et (9), interprétés conjointement avec le par. 2(1), établissent un mécanisme permettant d'atteindre cet objectif.

[142] Il s'agit de savoir si la distinction contestée entre les mineurs de 16 ans ou plus et ceux de moins de 16 ans a un lien avec l'objectif législatif. À mon avis, ce lien existe.

[143] La décision du législateur de conférer au tribunal le pouvoir d'ordonner le traitement des mineurs de moins de 16 ans est, à mon avis, une réponse légitime aux préoccupations accrues à l'égard de la maturité des jeunes adolescents et de leur vulnérabilité à la coercition et à l'influence, que celles-ci soient explicites ou subtiles. Sa décision de ne pas prévoir de présomption de consentement pour les moins de 16 ans reflète le fait que le discernement que doivent avoir les enfants pour prendre des décisions personnelles capitales augmente avec l'âge. Le discernement est fonction non seulement de la compréhension intellectuelle du traitement et des conséquences de son refus, mais aussi de l'expérience et de l'indépendance. Pour reprendre les termes du directeur des

social science literature (at paras. 70-79), younger adolescents are more susceptible to the influence of their peers and parents than older adolescents. In my opinion, the legislative scheme evidences a legitimate concern with these factors as they affect younger adolescents, and the impracticability of reliably testing for them in the crucial and often exigent context of authorizing necessary medical treatment.

[144] As the Director puts it (factum, at para. 35):

> [C]apacity, however defined, is by no means the only factor governing one's ability to make an informed healthcare decision. As important is whether the choice is made *voluntarily* and whether it is, in fact, an *informed* decision:
>
> > . . . competence alone is not a sufficient condition for valid consent. . . . They also need the third element of consent: voluntariness. It may be difficult to accept a treatment option if that particular choice will lead to a loss of important relationships. To give or refuse consent to medical treatment, the law requires not just decision making competence but also accurate information and lack of coercion. [Italics in original; underlining added.]
>
> (Juliet Guichon and Ian Mitchell, "Medical emergencies in children of orthodox Jehovah's Witness families: Three legal cases, ethical issues and proposals for management", *Paediatric Child Health*, vol. 11, No. 10 (December 2006), p. 657)

These concerns with free and informed decision making animate the legislative scheme. They express the state's interest in ensuring that the momentous decision to refuse medical treatment by persons under 16 are truly free, informed and voluntary.

services à l'enfant et à la famille (« Directeur »), il exige une [TRADUCTION] « maturité morale et affective » (m.i., par. 35). Comme l'explique la juge Abella en se référant aux publications de sciences sociales pertinentes (par. 70-79), les jeunes adolescents sont plus susceptibles que les adolescents plus âgés d'être influencés par leurs pairs et leurs parents. À mon avis, le régime législatif témoigne des préoccupations légitimes que suscitent ces facteurs du fait qu'ils touchent les jeunes adolescents ainsi que l'impossibilité de les vérifier de façon fiable dans le contexte crucial et souvent urgent de l'autorisation du traitement médical nécessaire.

[144] Comme l'expose le Directeur (mémoire, par. 35) :

> [TRADUCTION] [L]a capacité, quelle qu'en soit la définition, n'est en aucun cas le seul facteur qui régisse l'aptitude à prendre une décision éclairée en matière de soins de santé. Est également importante la question de savoir si le choix est *volontaire* et s'il s'agit, en fait, d'une décision *éclairée* :
>
> > . . . la capacité mentale à elle seule ne suffit pas pour que le consentement soit valide. [. . .] Il faut aussi un troisième élément au consentement : le caractère volontaire. Il peut être difficile d'accepter une option en matière de traitement si ce choix particulier entraîne la perte de relations importantes. Pour que l'intéressé puisse donner ou refuser son consentement au traitement médical, la loi exige non seulement qu'il soit mentalement capable de prendre des décisions mais aussi qu'il reçoive une information exacte et ne subisse pas de coercition. [En italique dans l'original; je souligne.]
>
> (Juliet Guichon et Ian Mitchell, « Medical emergencies in children of orthodox Jehovah's Witness families : Three legal cases, ethical issues and proposals for management », *Paediatric Child Health*, vol. 11, n° 10 (décembre 2006), p. 657)

Ces préoccupations au sujet de la capacité de prendre librement des décisions en toute connaissance de cause sous-tendent le régime législatif. Elles expriment l'intérêt de l'État à veiller à ce que la décision capitale des moins de 16 ans de refuser un traitement médical soit libre, éclairée et volontaire.

[145] Age, in this context, is a reasonable proxy for independence. The *CFSA* is not alone in recognizing age 16 as an appropriate marker of maturity for certain purposes. Below 16, many adolescents are physically dependent on parents for mobility (e.g. driving) and cannot work full-time. Most are also required by law to attend school. In other words, a variety of laws and social norms make them more dependent on their immediate families and peers in their daily lives than older adolescents. The danger of excessive parental and peer influence overwhelming free and voluntary choice is ever-present. Similarly, in the youth criminal law context, it is recognized as a principle of fundamental justice that young persons must generally be treated differently from adults by virtue of their "reduced maturity and moral capacity": *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 47 (*per* Abella J.). The *CFSA* acknowledges these realities and therefore places the final decision-making power with the courts in accordance with the best interests of the child.

[145] Dans ce contexte, l'âge est une indication raisonnable de l'indépendance. La *LSEF* n'est pas seule à reconnaître que l'âge de 16 ans est un bon indicateur de la maturité à certaines fins. En dessous de cet âge, bon nombre d'adolescents dépendent physiquement de leurs parents pour se rendre d'un endroit à l'autre (ex. se faire conduire) et ne peuvent travailler à plein temps. La plupart d'entre eux sont tenus par la loi d'aller à l'école. Autrement dit, diverses lois et normes sociales les rendent plus dépendants que les adolescents plus âgés de leur famille immédiate et de leurs pairs dans la vie de tous les jours. Le danger que l'influence excessive des parents et des pairs étouffe le choix libre et volontaire est omniprésent. De même, dans le contexte du droit criminel visant les adolescents, il est reconnu comme principe de justice fondamentale que les jeunes doivent généralement être traités d'une manière différente que les adultes en raison de leur « moins grande maturité et de leur moins grande aptitude à exercer un jugement moral » : *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 47 (la juge Abella). La *LSEF* reconnaît ces réalités et confère donc au tribunal l'ultime pouvoir de prendre des décisions qui soient dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

[146] Against this view, my colleague Binnie J. concludes that the legislature's failure to extend full medical autonomy to children under 16 with "capacity" is arbitrary and therefore violative of s. 7. However, Binnie J. concedes that a more probing definition of "capacity" applies in the case of minors under 16. Accepting the Director's view that "capacity is about more than intelligence", he endorses (at para. 203) the Director's description of capacity as

[146] Contrairement à ce point de vue, mon collègue le juge Binnie conclut que la décision du législateur de ne pas accorder l'entière autonomie en matière médicale aux moins de 16 ans qui possèdent la « capacité » nécessaire est arbitraire et va donc à l'encontre de l'art. 7. Le juge Binnie reconnaît toutefois qu'une définition plus approfondie de « capacité » s'applique dans le cas de mineurs de moins de 16 ans. Acceptant l'opinion du Directeur que [TRADUCTION] « la capacité ne tient pas qu'à l'intelligence », il souscrit (par. 203) à la description que celui-ci donne de la capacité

> "ethical, emotional maturity"; in short, wisdom and a sense of judgment. Moreover, capacity, however defined, is by no means the only factor governing one's ability to make an informed healthcare decision. As important is whether the choice is made voluntarily and whether it is, in fact, an informed decision. [Emphasis deleted; R.F., at para. 35.]

> [TRADUCTION] une « maturité morale et affective »; bref, une sagesse et le sens du discernement. De plus, la capacité, quelle qu'en soit la définition, n'est en aucun cas le seul facteur qui régisse l'aptitude à prendre une décision éclairée en matière de soins de santé. Est également importante la question de savoir si le choix est volontaire et s'il s'agit, en fait, d'une décision éclairée. [Italique omis; m.i., par. 35.]

The difficulty, as I see it, is that Binnie J. goes on to equate this broader definition of maturity with the more limited definition of capacity in s. 25(9) *CFSA*.

[147] The Director's broader definition of capacity ("ethical [and] emotional maturity") reflects the legislative concern that minors most susceptible to outside influence have their interest in truly voluntary and informed choice most carefully safeguarded. The test applicable to minors 16 and over — namely, the ability to understand the relevant information and to appreciate the reasonably foreseeable consequences of consenting or not consenting — does not capture this more robust conception of capacity. The Act requires the judge to take account of the treatment preference of a minor under 16 as a factor in assessing the child's "best interests", while refusing to give it the presumptive weight it would carry with a child aged 16 or older. This distinction reflects the societal reality of how children mature, and the dependence of children under 16 on their parents, as well as the difficulty of carrying out a comprehensive analysis of maturity and voluntariness of the kind described by the Director in the exigent circumstances of crucial treatment decisions in cases such as A.C.'s. I conclude that the impugned distinction is not arbitrary.

(iii) Procedural Element of Principles of Fundamental Justice

[148] The s. 7 principles of fundamental justice also include a procedural dimension. Where a person's liberty or security of the person is engaged, as here, the limitation must be carried out in a procedurally fair manner. In my view, the notice and participation requirements in the *CFSA* satisfy this requirement. Section 25(4) mandates that formal notice of a treatment hearing be given to the minor in question and his or her parents or guardians, if the minor is 16 or older. But while s. 25(4) only applies to those 16 and older, the more general language in s. 2(2) guarantees that in all proceedings under

La difficulté, selon moi, est que le juge Binnie assimile cette définition plus large de maturité à une définition plus étroite de capacité au par. 25(9) *LSEF*.

[147] La définition plus large que le Directeur donne à capacité (« maturité morale et affective ») reflète le souci du législateur de s'assurer que le droit des mineurs les plus sensibles à l'influence extérieure de faire des choix véritablement volontaires et éclairés est soigneusement protégé. Le critère applicable aux mineurs de 16 ans ou plus — à savoir la capacité de comprendre les renseignements pertinents et d'évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait le consentement ou le refus — ne rend pas compte de cette notion plus robuste de capacité. La Loi exige que le juge prenne en considération en matière de traitement les préférences du mineur de moins de 16 ans lorsqu'il évalue « l'intérêt supérieur de l'enfant », mais elle ne donne pas à ce facteur le poids qu'il est présumé avoir dans le cas des 16 ans ou plus. Cette distinction reflète la réalité sociale, à savoir la façon dont les enfants acquièrent de la maturité et le fait que les moins de 16 ans dépendent de leurs parents, ainsi que la difficulté — dans certains cas, comme celui d'A.C. — d'analyser de façon exhaustive la maturité et le caractère volontaire du genre décrit par le Directeur, dans les circonstances urgentes des décisions cruciales en matière de traitement. Je conclus que la distinction contestée n'est pas arbitraire.

(iii) L'aspect procédural des principes de justice fondamentale

[148] Les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 comportent aussi un aspect procédural. Lorsque la liberté d'une personne ou sa sécurité est en jeu, comme c'est le cas en l'espèce, la restriction doit être appliquée selon les règles d'équité procédurale. Selon moi, les exigences de la *LSEF* en matière d'avis et de participation répondent à cette condition. Le paragraphe 25(4) prescrit que l'avis officiel de l'audience sur le traitement soit donné au mineur en question et à ses parents ou tuteurs si l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Mais, bien que le par. 25(4) s'applique seulement aux enfants de 16 ans

the Act, "a child 12 years of age or more is entitled to be advised of the proceedings and of their possible implications for the child and shall be given an opportunity to make his or her views and preferences known to a judge or master making a decision in the proceedings". Further, s. 2(3) gives the judge a discretion to consider the views of a child under the age of 12. I agree with Steel J.A. that "[r]ead together, these provisions illustrate a considered approach by the legislature to providing age-appropriate notice to the children who may be the subject of proceedings under the *CFSA*, consistent with s. 7 of the *Charter*" (para. 84).

ou plus, le libellé plus général du par. 2(2) garantit qu'« [u]n enfant âgé d'au moins 12 ans a droit d'être avisé de la nature des instances introduites à son égard en vertu de la [Loi] et des conséquences possibles de celles-ci à son endroit. L'enfant doit avoir la possibilité de faire connaître ses opinions et ses préférences à un juge ou à un conseiller-maître, chargé de rendre une décision dans une instance ». De plus, le par. 2(3) accorde au juge le pouvoir discrétionnaire de prendre en considération les opinions de l'enfant âgé de moins de 12 ans. Je conviens avec la juge Steel que [TRADUCTION] « ces dispositions, interprétées conjointement, illustrent la décision réfléchie du législateur de donner un avis adapté à leur âge aux enfants susceptibles d'être visés par les instances introduites en vertu de la *LSEF*, conformément à l'art. 7 de la *Charte* » (par. 84).

[149] I conclude that s. 25(8), while it impacts on the liberty and autonomy of children under 16, does so in a way that is appropriately attuned to a legitimate legislative goal. It is not arbitrary, and therefore it does not violate s. 7 of the *Charter*.

[149] Je conclus que le par. 25(8), même s'il a des répercussions sur la liberté et l'autonomie des moins de 16 ans, prévoit un mécanisme qui est lié comme il se doit à un objectif législatif légitime. La disposition n'est pas arbitraire et ne viole donc pas l'art. 7 de la *Charte*.

(b) *Section 15 of the Charter*

b) *Article 15 de la Charte*

[150] A.C. argues that the age distinction discriminates against her on the basis of age, contrary to s. 15. Under the test recently restated in *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, a s. 15 claimant must show that a distinction based on an enumerated or analogous ground creates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

[150] A.C. fait valoir que la distinction fondée sur l'âge crée, contrairement à l'art. 15, une discrimination à son égard en matière d'âge. Selon le critère récemment réaffirmé dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, la personne qui invoque l'art. 15 doit démontrer que la distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes.

[151] As this Court recognized in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, "[c]hildren are a highly vulnerable group" (para. 56). Deschamps J., in dissent, further observed that "[c]hildren as a group face pre-existing disadvantage in our society. . . . [T]heir vulnerability was entrenched by the traditional legal treatment of children as the property or chattel of their parents or guardians" (para. 225).

[151] Comme la Cour l'a reconnu dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, les « enfants forment un groupe très vulnérable » (par. 56). La juge Deschamps, dissidente, a aussi fait observer que « [e]n tant que groupe, les enfants subissent un désavantage préexistant dans notre société. [. . .] [L]eur vulnérabilité était cristallisée par le droit, qui considérait traditionnellement les enfants comme la propriété ou le bien de leurs père et mère ou tuteurs » (par. 225).

[152] In the present case, however, A.C.'s claim must fail because the distinction drawn by the Act between minors under 16 and those 16 and over is ameliorative, not invidious. First, it aims at protecting the interests of minors as a vulnerable group. Second, it protects the members of the targeted group — children under 16 — in a way that gives the individual child a degree of input into the ultimate decision on treatment. In my view, this is sufficient to demonstrate that the distinction drawn by the Act, while based on an enumerated ground, is not discriminatory within the meaning of s. 15.

(c) *Section 2(a) of the Charter*

[153] A.C. argues that the legislative authorization of treatment over her sincere religious objections constitutes an unjustifiable infringement of her right to religious freedom. It is not in dispute that A.C. possessed a sincere religious belief as a Jehovah's Witness against receiving blood products and transfusions: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 46.

[154] The impugned provisions of the *CFSA* operates to deprive A.C. of full decision-making authority as to whether or not she will receive blood products where medically necessary. This is clearly more than a trivial interference with her "right to manifest beliefs and practices": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337. Where a minor is transfused against her will, she may often experience psychic harm, as described in this case. In my view, the respondent rightly concedes that s. 25 *CFSA* violates s. 2(*a*).

[155] In this case, the s. 7 and s. 2(*a*) claims merge, upon close analysis. Either the *Charter* requires that an ostensibly "mature" child under 16 have an unfettered right to make all medical treatment decisions, or it does not, regardless of the individual child's motivation for refusing treatment. The fact that A.C.'s aversion to receiving a blood transfusion springs from religious conviction

[152] En l'espèce, toutefois, l'argument d'A.C. doit être rejeté parce que la distinction établie par la Loi entre les mineurs de moins de 16 ans et ceux de 16 ans ou plus apporte une amélioration et non une distinction injuste. Premièrement, elle vise à protéger les intérêts des mineurs en tant que groupe vulnérable. Deuxièmement, elle protège les membres du groupe visé — les moins de 16 ans — tout en permettant à chaque enfant de participer dans une certaine mesure à l'ultime décision concernant le traitement. À mon avis, c'est suffisant pour démontrer que la distinction établie par la Loi, bien que fondée sur un motif énuméré, n'est pas discriminatoire au sens de l'art. 15.

c) *L'alinéa 2a) de la Charte*

[153] A.C. soutient que le fait que la *LSEF* autorise son traitement malgré ses objections religieuses sincères constitue une atteinte injustifiable à son droit à la liberté de religion. Il n'est pas contesté qu'elle possède une croyance religieuse sincère en tant que témoin de Jéhovah selon laquelle elle ne peut recevoir de transfusions ou produits sanguins : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 46.

[154] Les dispositions contestées de la *LSEF* a pour effet de priver A.C. du plein pouvoir de décider de recevoir ou non des produits dérivés du sang dans les cas où il est médicalement nécessaire. C'est manifestement plus qu'une entrave négligeable à son « droit de manifester ses croyances et pratiques » : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337. Un mineur transfusé contre son gré peut souvent éprouver un préjudice psychique, comme il a été décrit en l'espèce. À mon avis, l'intimé a reconnu à juste titre que l'art. 25 *LSEF* va à l'encontre de l'al. 2*a*).

[155] En l'espèce, il ressort d'une analyse minutieuse qu'il y a fusion entre la demande fondée sur l'art. 7 et celle fondée sur l'al. 2*a*). La *Charte* peut exiger ou non qu'un enfant manifestement « mature » de moins de 16 ans ait le droit inconditionnel de prendre toutes les décisions concernant son traitement médical, sans égard à la raison qui l'a motivé à refuser le traitement. Le fait que

does not change the essential nature of the claim as one for absolute personal autonomy in medical decision making.

[156] If s. 25(8) is viewed through the lens of s. 2(*a*), the limit on religious practice imposed by the legislation emerges as justified under s. 1, for many of the same reasons that the law is not arbitrary for the purposes of s. 7. The objective of ensuring the health and safety of vulnerable young people is pressing and substantial, and the means chosen — giving discretion to the court to order treatment after a consideration of all relevant circumstances — is a proportionate limit on the right, thus satisfying the requirements under *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

4. The Judge's Decision

[157] While factor-guided, the judge's task of assessing the best interests of the child and his or her ultimate decision to order treatment remain discretionary. Section 25(8) provides that "upon completion of a hearing, the court may authorize . . . medical . . . treatment that the court considers to be in the best interests of the child". This statutory discretion "must be exercised within the boundaries set by the principles of the *Charter*"; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 875. If the judge fails to do so, it is open to the applicant to challenge the judge's decision. Even if the legislation is constitutional, a judge's decision under it may be set aside if it is contrary to the provisions of the Act or the *Charter.*

[158] The applications judge in this case, Kaufman J., ordered treatment of A.C., then under 16. The treatment was, on the evidence, necessary to save her life. Kaufman J. assumed for the purposes of the decision that A.C. had "capacity" to make the decision. Considering the relevant factors set out in s. 2(1), including her wish not to have the treatment, he concluded that treatment was in the child's best interests and ordered that it take place.

la répugnance d'A.C. à recevoir une transfusion de sang découle d'une conviction religieuse ne change pas la nature fondamentale de sa demande, qui porte sur la reconnaissance d'une autonomie personnelle absolue en matière de décisions médicales.

[156] Si le paragraphe 25(8) est interprété dans le contexte de l'al. 2*a*), la restriction imposée à la pratique religieuse par la loi devient justifiée en vertu de l'article premier, pour bon nombre des mêmes raisons que la loi n'est pas arbitraire pour l'application de l'art. 7. L'objectif de veiller à la santé et à la sécurité des jeunes personnes vulnérables est urgent et réel, et le moyen choisi — octroi au tribunal du pouvoir discrétionnaire d'ordonner un traitement après avoir pris en considération tous les facteurs pertinents — est une restriction proportionnée du droit, ce qui satisfait donc aux exigences énoncées dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

4. La décision du juge

[157] Même si le juge est guidé par des facteurs, la tâche qui lui incombe d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant ou son ultime décision d'ordonner le traitement demeurent discrétionnaires. L'article 25(8) prévoit que la cour « peut, à la fin de l'audience, autoriser les [. . .] traitements médicaux [. . .] qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant ». Ce pouvoir discrétionnaire que lui confère la loi « doit être exercé dans les limites prescrites par les principes de la *Charte* »; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 875. Sinon, il est loisible au demandeur de contester la décision du juge. Même si la loi est constitutionnelle, la décision du juge prise sous son régime peut être annulée si elle est contraire à la loi ou à la *Charte.*

[158] Le juge des requêtes en l'espèce, le juge Kaufman, a ordonné le traitement d'A.C., qui avait alors moins de 16 ans. Ce traitement était, au vu de la preuve, nécessaire pour lui sauver la vie. Pour parvenir à sa décision, le juge Kaufman a tenu pour acquis qu'A.C. avait la « capacité » de prendre la décision. Après examen des facteurs pertinents énoncés au par. 2(1), dont sa volonté de ne pas recevoir de traitement, il a conclu que le traitement était dans son intérêt supérieur et l'a autorisé.

[159] This decision conformed to the provisions of the Act. The only possible criticism from this perspective is that the judge proceeded with the analysis on the basis of presumed "capacity". In the exigent circumstances, he did not consult with A.C. herself, nor did he review the psychiatrists' reports or any other evidence regarding capacity. As discussed above, capacity in the narrow intellectual sense of s. 25(9) *CFSA* does not capture the constitutionally valid thrust of the provisions pertaining to children under 16. The decision to assume capacity in the narrow sense but conclude that treatment should be ordered on the basis of other factors was therefore not in error. If time and circumstances permit, it is optimal for a judge to fully consider and give reasoned judgment on all the factors he or she takes into account. However, proceeding on the assumption of "capacity" — an assumption that favoured A.C.'s autonomy interest — was reasonable in these circumstances, where a child's life hung in the balance and the need for a decision was urgent. I would not fault the applications judge on this count.

[160] The remaining question is whether the decision conformed to the *Charter*. It is argued that once the judge presumed capacity, he was bound under the *Charter* to give effect to A.C.'s wishes. The order for treatment, it is argued, therefore violates s. 7. The flaw in this contention is the assumption that autonomy under s. 7 is absolute and trumps all other values. As discussed above, this Court has rejected this contention.

5. Conclusion

[161] I would dismiss the appeal and affirm the constitutionality of ss. 25(8) and 25(9) *CFSA*. Like Abella J., I would order costs to A.C. throughout.

The following are the reasons delivered by

[162] BINNIE J. (dissenting) — This is a disturbing case. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* enshrines in our highest law the liberty and independence of a mature individual to make

[159] Cette décision est conforme à la *LSEF*. La seule critique possible à cet égard est que le juge a procédé à l'analyse sur le fondement d'une « capacité » présumée. Dans les circonstances urgentes, il n'a pas consulté A.C. elle-même et n'a pas non plus examiné les rapports des psychiatres ou toute autre preuve de sa capacité. Comme je l'ai déjà mentionné, la capacité dans l'étroit sens intellectuel du par. 25(9) *LSEF* ne rend pas bien compte de la portée constitutionnelle des dispositions concernant les enfants de moins de 16 ans. La décision de présumer la capacité dans son sens étroit mais de conclure qu'il faut ordonner le traitement compte tenu des autres facteurs n'est donc pas erronée. Si le temps et les circonstances le permettent, le juge devrait examiner tous les facteurs et rendre un jugement motivé sur ce fondement. Toutefois, fonder une décision sur une présomption de « capacité » — ce qui favorisait l'intérêt d'A.C. en matière d'autonomie — était raisonnable dans les circonstances de l'espèce, où la vie de l'enfant était en jeu et il était urgent de prendre une décision. Sur ce point, je ne reprocherais rien au juge des requêtes.

[160] Reste maintenant la question de savoir si la décision respectait la *Charte*. On a fait valoir que le juge, après avoir conclu à la capacité, était tenu par la *Charte* de donner effet aux volontés d'A.C. L'ordonnance de traitement, soutient-on, contrevient donc à l'art. 7. La faille de cet argument est la supposition que le droit à l'autonomie garanti par l'art. 7 est absolu et supplante toutes les autres valeurs. Comme nous l'avons vu, la Cour a rejeté cette position.

5. Conclusion

[161] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la constitutionnalité des par. 25(8) et (9) *LSEF*. Tout comme la juge Abella, j'accorde les dépens à A.C. devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[162] LE JUGE BINNIE (dissident) — C'est une affaire troublante. La *Charte canadienne des droits et libertés* consacre dans notre loi suprême la liberté et le droit d'une personne mature de faire

life's most important choices free of government intervention, provided there is no countervailing social interest of overriding importance. This proposition is tested on this appeal by A.C., a Jehovah's Witness, who is a mature minor. She claims the right to make a choice that most of us would think is a serious mistake, namely to refuse a potentially lifesaving blood transfusion. Her objection, of course, is based on her religious beliefs.

[163] The *Charter* is not just about the freedom to make what most members of society would regard as the wise and correct choice. If that were the case, the *Charter* would be superfluous. The *Charter*, A.C. argues, gives her the freedom — in this case religious freedom — to refuse forced medical treatment, even where her life or death hangs in the balance.

[164] Counsel for A.C. acknowledges that the state would be entirely justified in taking the decision away from A.C. if there was any doubt about her capacity, as in a situation of urgency, or whether she was acting under the influence of her parents (who are Jehovah's Witnesses). However, these matters were looked into by three psychiatrists at the Winnipeg hospital where the blood transfusion was to be administered, and the psychiatrists concluded, and the applications judge accepted, that A.C. — though under 16 years of age — was nevertheless at the material time an individual "with capacity to give or refuse consent to her own medical care" (A.R., at p. 91). The formal order of the applications judge dated April 16, 2006 so states.

[165] Counsel for A.C. argues that whether judges, doctors and hospital authorities agree with A.C.'s objection or not, the decision belongs to the patient. The essential question is not *what* is to be decided about medical treatment but *who* is to make the decision.

[166] My colleague Abella J. acknowledges that judges should be required to take the views of a mature minor into consideration when *the judge* decides what is in the best interest of A.C. But

en toute indépendance les choix les plus importants de sa vie sans intervention de l'État, dans la mesure où il n'y a pas d'intérêt social plus important qui s'y oppose. Cet énoncé est mis à l'épreuve dans le présent pourvoi interjeté par A.C., témoin de Jéhovah, qui est une mineure mature. Elle revendique le droit de faire un choix que la plupart d'entre nous considéreraient comme une grave erreur, à savoir celui de refuser une transfusion de sang pouvant lui sauver la vie. Son objection est évidemment fondée sur ses croyances religieuses.

[163] La *Charte* ne concerne pas seulement la liberté de faire ce qui, aux yeux de la majorité des membres de la société, constituerait un choix judicieux et approprié. Si c'était le cas, elle serait superflue. A.C. soutient que la *Charte* lui donne la liberté — en l'espèce, la liberté de religion — de refuser un traitement médical forcé, même s'il s'agit d'une question de vie ou de mort.

[164] L'avocat d'A.C. reconnaît que l'État aurait entièrement raison de retirer à A.C. le pouvoir de décision s'il y avait un doute quant à sa capacité, comme en situation d'urgence, ou si elle agissait sous l'influence de ses parents (qui sont témoins de Jéhovah). Toutefois, trois psychiatres de l'hôpital de Winnipeg, où la transfusion devait être administrée, ont examiné ces questions et ont conclu qu'A.C. — bien qu'âgée de moins de 16 ans — était néanmoins au moment des faits une personne [TRADUCTION] « capable d'accorder ou de refuser son consentement quant à ses soins médicaux », conclusion acceptée par le juge des requêtes (d.a., p. 91). C'est ce qui est mentionné dans l'ordonnance formelle du juge des requêtes, datée du 16 avril 2006.

[165] Selon l'avocat d'A.C., peu importe que les juges, les médecins et les autorités de l'hôpital souscrivent ou non à l'objection d'A.C., la décision revient à la patiente. Il s'agit essentiellement non pas de déterminer l'*objet* de la décision concernant le traitement médical, mais le *décideur*.

[166] Ma collègue la juge Abella reconnaît que les juges doivent prendre en considération les opinions du mineur mature. Ainsi, en l'espèce, le juge doit tenir compte des opinions d'A.C. quand *il* décide

this position ignores the heart of A.C.'s argument, which is that the individual autonomy vouchsafed by the *Charter* gives *her* the liberty to refuse the forced pumping of someone else's blood into her veins regardless of what the judge thinks is in her best interest. In my respectful view, the *Child and Family Services Act*, C.C.S.M. c. C80 ("*CFSA*"), is insufficiently respectful of constitutional limits on the imposition of forced medical treatment on a mature minor. I would therefore allow the appeal.

I. Overview

[167] Forced medical procedures must be one of the most egregious violations of a person's physical and psychological integrity against the will of an individual whose refusal is based on a strong religious faith. A.C. had three months earlier signed an advance medical directive dated January 10, 2006 pursuant to the *Health Care Directives Act*, C.C.S.M. c. H27 ("*HCDA*"), containing her written instructions not to be given blood under any circumstances:

> I am one of Jehovah's Witnesses, and I make this directive out of obedience to commands in the Bible, such as: "Keep abstaining . . . from blood." (Acts 15:28, 29) [A.R., at p. 222]

As will be seen, the Manitoba *HCDA*, unlike the *CFSA*, permits a minor *under* the age of 16 to rebut the presumption of incapacity.

[168] The Manitoba legislature's denial of rights to young persons under the age of 16 is not in accordance with the views of its own Law Reform Commission, which concluded, in a report prepared in consultation with the province's physicians, that a "fixed age" limit is neither "practical or workable":

> We found that the mature minor rule is a well-known, well-accepted and workable principle which seems to raise few difficulties on a day-to-day basis. There was quite strong opposition to the use of a fixed age limit;

ce qui est dans son intérêt supérieur. Cette position, toutefois, perd de vue le fond de l'argument d'A.C., à savoir que l'autonomie personnelle garantie par la *Charte* lui donne *à elle* la liberté de refuser qu'on fasse entrer de force du sang étranger dans ses veines peu importe ce que le juge pense être dans son intérêt supérieur. Soit dit en tout respect, la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. ch. C80 (« *LSEF* »), ne respecte pas suffisamment les limites constitutionnelles de l'imposition d'un traitement médical forcé à un mineur mature. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Aperçu

[167] Les interventions médicales forcées constituent probablement l'une des violations les plus intolérables de l'intégrité physique et psychologique d'une personne contre sa volonté, surtout quand il s'agit d'une personne dont le refus est fondé sur une forte foi religieuse. Trois mois plus tôt, le 10 janvier 2006, A.C. avait signé une directive médicale préalable en vertu de la *Loi sur les directives en matière de soins de santé*, C.P.L.M. ch. H27 (« *LDSS* »), portant qu'en aucun cas elle ne devait recevoir de sang :

> [TRADUCTION] Je suis témoin de Jéhovah et je rédige cette directive par obéissance aux commandements bibliques, notamment celui de « s'abstenir [. . .] du sang » (Actes 15 : 28, 29) [d.a., p. 222]

Comme nous le verrons plus loin, la *LDSS* du Manitoba, contrairement à la *LSEF*, permet à un mineur de *moins* de 16 ans de réfuter la présomption d'incapacité.

[168] Le fait que la législature du Manitoba prive les jeunes de moins de 16 ans de leurs droits n'est pas conforme au point de vue de la Commission manitobaine de réforme du droit, laquelle a conclu, dans un rapport rédigé en consultation avec des médecins de la province, qu'une [TRADUCTION] limite d'« âge fixe » est ni « pratique [ni] applicable » :

> [TRADUCTION] Nous avons conclu que la règle du mineur mature est un principe bien connu, bien accepté et applicable qui semble soulever peu de difficultés dans son application au jour le jour. Il y avait une forte

the development of children was seen to be too variable to permit a fixed age to be a practical or workable concept. The interviews revealed no reason for concern in respect of the operation of the mature minor rule. [Emphasis added.]

(*Minors' Consent to Health Care* (1995), Report #91, at p. 33)

[169] At the relevant time, A.C. was being treated (with her consent) with non-blood products and medication to stop the internal bleeding. She had no desire to die, but she wished to live in accordance with her religious beliefs.

[170] On April 16, 2006, A.C. experienced renewed internal bleeding. The hospital, faced with the refusal of A.C. to consent to a blood transfusion, sought the intervention of the Manitoba Director of Child and Family Services (the "Director") who immediately had A.C. apprehended as a child in need of protection (A.R., at p. 187) and sought the treatment order now under appeal.

[171] Section 25(8) *CFSA* provides that "upon completion of a hearing, the court may authorize a medical examination or any medical or dental treatment that the court considers to be in the best interests of the child" (defined as a person under 18 years of age).

[172] Had A.C. been 14 months older on the date of the s. 25 application, she would have benefited from s. 25(9) *CFSA* which says that no treatment order can be made *without the consent of a young person 16 or over* unless the court is satisfied that he or she does *not* understand the information relevant to consenting or not consenting to treatment, or is *not* able to "appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not consent".

[173] My colleague Abella J. notes, correctly, that "the psychiatric report was never subjected to a [judicial] review of any kind, let alone a searching

opposition au recours à une limite d'âge fixe; le développement des enfants était jugé trop variable pour que la notion d'âge fixe soit pratique ou applicable. Les entrevues ne révèlent aucune raison de s'inquiéter de l'application de la règle du mineur mature. [Je souligne.]

(*Minors' Consent to Health Care* (1995), Rapport #91, p. 33)

[169] À l'époque visée, A.C. était traitée (avec son consentement) avec des produits non sanguins et des médicaments pour arrêter les saignements internes. Elle ne souhaitait pas mourir, mais elle voulait vivre conformément à ses croyances religieuses.

[170] Le 16 avril 2006, A.C. a eu d'autres saignements internes. L'hôpital, devant son refus de consentir à une transfusion sanguine, a demandé l'intervention du directeur des services à l'enfant et à la famille du Manitoba (le « Directeur »), qui l'a immédiatement appréhendée en tant qu'enfant ayant besoin de protection (d.a., p. 187) et a sollicité l'ordonnance de traitement visée par le présent pourvoi.

[171] Selon le par. 25(8) *LSEF*, « la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant » (défini comme étant une personne de moins de 18 ans).

[172] Si A.C. avait 14 mois de plus à la date de la demande présentée en vertu de l'art. 25, elle aurait pu se prévaloir du par. 25(9) *LSEF*, selon lequel aucune ordonnance de traitement ne peut être rendue *sans le consentement de la jeune personne qui a au moins 16 ans*, sauf si la cour est convaincue qu'elle *ne* comprend *pas* les renseignements qui lui permettraient de consentir ou de ne pas consentir au traitement, ou qu'il *ne* peut « évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus ».

[173] Ma collègue la juge Abella indique, à juste titre, que « le rapport psychiatrique n'a jamais fait l'objet d'un [contrôle judiciaire] quelconque et

one" (para. 119), but this is precisely the problem with the *Charter*-breaching procedure adopted by the applications judge, who refused to allow A.C. to lead evidence at the s. 25(8) hearing (which he held by conference call) of her capacity. In the learned judge's view, the *CFSA* made such evidence irrelevant in the case of a young person under 16. Her capacity, in his interpretation of s. 25, was not a "live issue". He simply accepted that A.C. "is a person with capacity to give or refuse consent to her own medical care" (see formal order April 16, 2006, A.R., at p. 91), but concluded that from *his* point of view, regardless of her capacity, it was in her best interests to receive the blood transfusion and he therefore granted the treatment order. In my view, A.C. is entitled to have her appeal disposed of on the basis that, as the formal order states, she "is a person with capacity to give or refuse consent to her own medical care".

[174] The order of the applications judge was upheld by a unanimous Court of Appeal on February 5, 2007. The issue by that time was moot, as the April 16, 2006 order had been executed, but the court heard the appeal on the basis (correctly in my view) that the *CFSA* issue was not only likely to recur but in the nature of things will generally be evasive of review. Few treatment decisions of this nature can await the outcome of the appellate process.

[175] As is described in the reasons of my colleague Abella J., the class of persons known as "mature minors" is well established at common law. It consists of individuals who are treated as adults for the purposes of making medical treatment decisions free of parental or judicial control. At common law, proof of capacity entitles the "mature minor" to personal autonomy in making such decisions. No doubt at common law, as under a statutory authority, it is very difficult to persuade a judge that a young person who refuses potentially lifesaving medical treatment is a person of full

encore moins un [contrôle judiciaire] approfondi » (par. 119), mais c'est précisément le problème que pose la procédure contrevenant à la *Charte* qui a été adoptée par le juge des requêtes, lequel a refusé de permettre à A.C. de présenter une preuve de sa capacité à l'audience prévue au par. 25(8) (qui a eu lieu par téléconférence). Selon lui, la *LSEF* enlevait toute pertinence à cette preuve dans le cas d'une personne de moins de 16 ans. Sa capacité, d'après l'interprétation que le juge donne à l'art. 25, n'était pas une « question en litige ». Il a simplement accepté qu'A.C. [TRADUCTION] « est une personne capable d'accorder ou de refuser son consentement quant à ses soins médicaux » (voir l'ordonnance formelle du 16 avril 2006, d.a., p. 91), mais il a conclu qu'à *son* avis, qu'elle soit capable ou non, il était dans son intérêt supérieur de recevoir la transfusion sanguine et il a donc accordé l'ordonnance de traitement. À mon avis, A.C. a droit à ce que son pourvoi soit tranché sur le fondement que, comme l'indique l'ordonnance formelle, qu'elle « est une personne capable d'accorder ou de refuser son consentement quant à ses soins médicaux ».

[174] Le 5 février 2007, la Cour d'appel a confirmé à l'unanimité l'ordonnance du juge des requêtes. À cette date, la question était théorique, car l'ordonnance du 16 avril 2006 avait été exécutée, mais la cour a entendu l'appel (avec raison à mon avis) au motif que la question relative à la *LSEF* non seulement risquait de resurgir, mais qu'en général, selon la nature des choses, elle échappera à l'examen judiciaire. Peu de décisions en matière de traitement de cette nature peuvent attendre l'issue de la procédure d'appel.

[175] Comme l'a expliqué ma collègue la juge Abella dans ses motifs, la catégorie de personnes connues comme « mineurs matures » est bien établie en common law. Elle comprend les personnes qui sont considérées comme des adultes quand il s'agit de décider du traitement médical à l'abri de l'autorité parentale ou du contrôle judiciaire. En common law, la preuve de la capacité donne au « mineur mature » une autonomie décisionnelle personnelle à ce sujet. Aucun doute qu'en common law, ainsi qu'en vertu d'une disposition législative, il est très difficile de convaincre le juge que la jeune

capacity. Yet, for the reasons that follow, I believe the *Charter* required such an opportunity to be given in the case of an adolescent of the age and maturity of A.C. The fact that in the end a judge disagrees with the mature minor's decision is not itself a lawful reason to override it.

[176] Children may generally (and correctly) be assumed to lack the requisite degree of capacity and maturity to make potentially life-defining decisions. It is this *lack* of capacity and maturity that provides the state with a legitimate interest in taking the decision-making power away from the young person and vesting it in a judge under the *CFSA*. Yet, this is not a case about broad government programs where line drawing and generalized age categories are sometimes essential and inevitable for administrative reasons. The *CFSA requires* individualized treatment decisions, and courts routinely handle capacity as a live issue under the *CFSA* in the case of minors between the ages of 16 and 18. The question here is whether in the course of those individualized *CFSA* treatment assessments the presumption of incapacity to refuse medical treatment can constitutionally be made *irrebuttable* in the case of young people under 16. I do not think it can. In such cases, the legitimate object and basis of state intervention in the life of the young person has, by reason of the judge's finding of maturity, ceased to exist.

[177] In short, s. 25 *CFSA* is unconstitutional because it prevents a person under 16 from establishing that she or he understands the medical condition and the consequences of refusing treatment, and should therefore have the right to refuse treatment whether or not the applications judge considers such refusal to be in the young person's best interests, just as is now the case with a "mature minor" who is 16 or 17 years old.

[178] The Director argues that no *Charter* rights are absolute, which is true, but the onus is on the state to justify overriding an individual's

personne qui refuse un traitement médical pouvant lui sauver la vie est dotée de toute sa capacité mentale. Pourtant, pour les motifs qui suivent, j'estime que la *Charte* exige qu'un adolescent de l'âge et de la maturité d'A.C. ait la possibilité de démontrer sa capacité. Le fait qu'en fin de compte le juge soit contre la décision du mineur mature ne constitue pas en soi un motif légitime pour l'annuler.

[176] On peut généralement (et à juste titre) présumer que les enfants n'ont pas la capacité ni la maturité requises pour prendre des décisions susceptibles de changer leur vie. C'est cette *absence* de capacité et de maturité qui donne à l'État un intérêt légitime à retirer le pouvoir décisionnel à la jeune personne pour le conférer au juge en vertu de la *LSEF*. Cependant, il n'est pas question ici de programmes gouvernementaux généraux où il est parfois essentiel et inévitable de tracer des limites et de former des catégories d'âge généralisées pour des raisons administratives. La *LSEF exige* des décisions individualisées en matière de traitement et les tribunaux sont régulièrement appelés à trancher, en vertu de la *LSEF*, la question de la capacité des mineurs qui ont entre 16 et 18 ans. Il s'agit en l'espèce de décider si, dans ces évaluations au cas par cas prévues par la *LSEF*, la présomption d'incapacité de refuser un traitement médical peut constitutionnellement être *irréfutable* dans le cas des moins de 16 ans. Je ne le pense pas. Dans ces cas, compte tenu du fait que le juge a conclu à la maturité, aucun objectif et aucun motif légitimes ne justifient l'intervention de l'État dans la vie de la jeune personne.

[177] Bref, l'article 25 *LSEF* est inconstitutionnel parce qu'il empêche une personne de moins de 16 ans d'établir qu'elle comprend sa maladie et les conséquences de son refus de traitement et qu'elle devrait donc avoir le droit de refuser le traitement même si le juge des requêtes estime que ce refus n'est pas dans son intérêt, comme c'est actuellement le cas avec un « mineur mature » de 16 ou 17 ans.

[178] Le Directeur soutient qu'aucun droit garanti par la *Charte* n'est absolu, ce qui est vrai, mais il incombe à l'État de justifier qu'on peut passer outre

fundamental choices about invasive medical treatment. We are not dealing with categories of people classified by age for administrative convenience as, for example, say, in the case of voting rights. The *CFSA mandates* an individualized assessment on a patient-by-patient basis.

[179] In my opinion the deprivation of liberty or security of the person does not accord with the principles of fundamental justice where the only justification advanced for the deprivation, namely the incapacity of the young person, has been accepted by the applications judge not to exist.

II. Facts

[180] A.C. was born on June 7, 1991. At the time of the s. 25 hearing, she was 14 years and 10 months old. She had been admitted to hospital on April 12, 2006, after suffering an episode of lower gastrointestinal bleeding. The loss of blood had decreased her haemoglobin count, but thereafter her condition stabilized for several days.

The Psychiatric Assessment Report

[181] The day following A.C.'s admission to hospital, her physician, Dr. Lipnowski, requested an assessment by the hospital's consultant psychiatrists:

> Please see 14 [year old female] admitted as [C]rohn's disease [with] lower GI bleeding. [Patient] is Jehovah's Witness refusing all blood product transfusions. Please do assess the patient to determine capability to understanding death. Thank you. [A.R., at p. 227]

The potential of death was therefore central to the inquiry. Three hospital psychiatrists, Drs. Kuzenko, Bristow and Altman, examined A.C. and reported as follows:

> [Patient] is aware of medical concern for blood loss, [decreased hemoglobin] and that if blood loss is severe, a transfusion is the recommended [treatment]. She is aware of alternatives to transfusion — [erythropoietin] and iron. States that even if she will die, she will refuse blood based on scripture "to maintain a clean standing with God." She was voluntarily baptized

aux choix fondamentaux de l'individu concernant un traitement médical agressif. Il ne s'agit pas ici de catégories de personnes classées selon l'âge par commodité administrative comme, par exemple, dans le cas du droit de vote. La *LSEF impose* l'évaluation personnalisée de chaque patient.

[179] À mon avis, la privation de liberté ou de sécurité de la personne va à l'encontre des principes de justice fondamentale dans le cas où la seule justification avancée à l'égard de la privation — l'incapacité de la jeune personne — a été jugée inexistante par le juge des requêtes.

II. Les faits

[180] A.C. est née le 7 juin 1991. Au moment de l'audience tenue en vertu de l'art. 25, elle était âgée de 14 ans et 10 mois. Elle avait été admise à l'hôpital le 12 avril 2006 pour des saignements du tractus gastro-intestinal inférieur. La perte de sang avait fait baisser son taux d'hémoglobine, mais son état s'était stabilisé pendant quelques jours.

Le rapport d'évaluation psychiatrique

[181] Le lendemain de l'admission d'A.C., son médecin, le D^r^ Lipnowski, a demandé aux psychiatres consultants de l'hôpital de procéder à une évaluation :

> [TRADUCTION] Veuillez voir [la jeune] de 14 ans admise comme [patiente] atteinte de la maladie de [C]rohn souffrant de saignements du tract gastro-intestinal inférieur. C'est un témoin de Jéhovah qui refuse toute transfusion de produit sanguin. Veuillez évaluer la patiente pour déterminer sa capacité de comprendre qu'elle peut en mourir. Merci. [d.a., p. 227]

Le danger de mort était donc un aspect fondamental de l'évaluation. Trois psychiatres de l'hôpital, les D^rs^ Kuzenko, Bristow et Altman, ont examiné A.C. et ont écrit dans leur rapport :

> [TRADUCTION] La [patiente] est consciente des préoccupations sur le plan médical causées par la perte de sang [diminution du taux d'hémoglobine] et du fait qu'en cas de perte de sang grave une transfusion est le [traitement] recommandé. Elle connaît les autres solutions — [érythropoïétine] et fer. Elle affirme que, même si elle peut en mourir, elle refuse le sang conformément aux

2 years ago and believes that "this is the absolute truth."

Sleep is "pretty good." Concentration "good." Energy "really good." Eating well (apart from this past week). [Emphasis added; A.R., at p. 227.]

[182] The psychiatrists made enquiries to determine the extent of parental influence and reported:

[A.C.] [d]enies feeling pressured by parents and has a good relationship with them. Has good support system.

. . .

. . . [The parents] believe she treasures her relationship with God and does not want to jeopardize it, that she understands her disease and what is happening. [A.R., at p. 228]

The psychiatric assessment report concluded:

The patient appears to understand the nature of her Crohn's illness (and GI bleeding) and reason for admission. She also appears to understand the nature of her treatments, and that should her current medical status worsen, the treating MD's may suggest a blood transfusion. The patient understands the reason why a transfusion may be recommended, and the consequences of refusing to have a transfusion. At the time of our assessment, patient demonstrated a normal [mental status examination with] intact cognition (30/30 [Mini-Mental State Examination]). [Emphasis added; A.R., at p. 229.]

[183] In the early hours of Sunday April 16, A.C. suffered another internal bleed. Her doctor believed this new episode created an imminent and serious risk to her health and perhaps her life. He wanted to give her a blood transfusion. She refused to consent to the receipt of any blood or blood products on religious grounds.

III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Manitoba (Kaufman J.)*

[184] At the s. 25 hearing, which proceeded in the absence of A.C., her attending physician,

textes sacrés selon lesquels il faut « rester en règle avec Dieu. » Elle a volontairement reçu le baptême il y a 2 ans et elle croit qu'« il s'agit de la vérité absolue. »

Sommeil : « assez bien. » Concentration : « bien. » Énergie : « très bien. » A bon appétit (sauf la dernière semaine). [Je souligne; d.a., p. 227.]

[182] Les psychiatres lui ont posé des questions pour déterminer l'ampleur de l'influence de ses parents et ont conclu :

[TRADUCTION] [A.C.] [n]ie se sentir bousculée par ses parents et entretient de bonnes relations avec eux. Elle a un bon réseau de soutien.

. . .

. . . [Les parents] pensent qu'elle attache une grande valeur à sa relation avec Dieu et ne veut pas la mettre en péril, qu'elle comprend sa maladie et ce qui lui arrive. [d.a., p. 228]

Le rapport d'évaluation psychiatrique se terminait ainsi :

[TRADUCTION] La patiente semble comprendre la nature de la maladie de Crohn (et des saignements gastro-intestinaux) ainsi que la raison de son admission. Elle semble aussi comprendre la nature de ses traitements et le fait que, si son état de santé devait se détériorer, le médecin traitant peut suggérer une transfusion sanguine. La patiente comprend pourquoi une transfusion peut être recommandée ainsi que les conséquences du refus de transfusion. Au moment de notre évaluation, la patiente a démontré un état de santé mentale normal avec une cognition intacte (30/30 [mini-examen de l'état mental]). [Je souligne; d.a., p. 229.]

[183] Aux premières heures du dimanche 16 avril, A.C. a eu d'autres saignements internes. Son médecin croyait que ces saignements représentaient un risque imminent et grave pour sa santé, voire pour sa vie. Il voulait lui donner une transfusion sanguine, mais elle a refusé toute transfusion de sang ou de produits sanguins pour des motifs religieux.

III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (le juge Kaufman)*

[184] À l'audience prévue à l'art. 25, qui a eu lieu sans A.C., son médecin traitant, le D[r] Lipnowksi,

Dr. Lipnowksi, testified that because of reduced haemoglobin levels, A.C.'s vital organs were not receiving sufficient oxygen. Until her low haemoglobin level improved, the medical staff could not investigate by colonoscopy or other procedure whether A.C.'s intestinal bleeding was continuing. While the non-blood medication presently being administered might assist in stopping further bleeding, it would not remedy the low haemoglobin count. The risk to A.C. was significant even if the internal bleeding had stopped, because if the doctors waited for A.C.'s haemoglobin to rebuild naturally (i.e. without a blood transfusion), there could be permanent and serious damage to A.C.'s bone marrow and kidneys.

[185] The *CFSA* hearing proceeded expeditiously. Counsel representing A.C.'s family, Mr. Allan Ludkiewicz, heard the evidence on behalf of the Director and Dr. Lipnowski over a cell phone on his way to the hospital. He urged the applications judge to come to the hospital as well to review the hospital's recently completed psychiatric assessment report, but the applications judge viewed such evidence as irrelevant in light of the language of s. 25 *CFSA*:

MR. LUDKIEWICZ [by telephone]: Yeah. I was going to request of the court that the, that the hearing be held at the hospital with -- if, if, if My Lord would, would come down. I, I believe that the --

THE COURT [by telephone]: What's the, what's the purpose of that?

MR. LUDKIEWICZ: It's -- what I understand is that this patient has been assessed as being capable of making her own decisions.

THE COURT: She's under 16.

MR. LUDKIEWICZ: She, she's been assessed by, by the doctors. There, there is an assessment report which I would want to put into evidence first and the assessment report indicates that [A.C.] understands the nature, excuse me, of her illness and the possible consequences.

THE COURT: Counsel, I -- where -- just help me out here. She's under 16. Is her consent required?

a déclaré qu'en raison de son faible taux d'hémoglobine, ses organes vitaux ne recevaient pas assez d'oxygène. Jusqu'à ce que son taux d'hémoglobine s'améliore, le personnel médical ne pouvait pas pratiquer une colonoscopie ou autre procédure pour savoir si les saignements intestinaux se poursuivaient. Bien que les produits non sanguins qui sont administrés puissent aider à arrêter les saignements, ils ne peuvent rétablir le taux d'hémoglobine. A.C. courait un risque important même en cas d'arrêt des saignements internes, car si les médecins attendaient que son taux d'hémoglobine augmente de façon naturelle (c.-à-d. sans transfusion sanguine), sa moelle épinière et ses reins pouvaient subir un dommage permanent et grave.

[185] L'audience s'est déroulée rapidement. L'avocat qui représentait la famille d'A.C., M. Allan Ludkiewicz, a entendu au téléphone cellulaire le témoignage donné au nom du Directeur et du D[r] Lipnowski alors qu'il se rendait à l'hôpital. Il a instamment demandé au juge des requêtes de venir à l'hôpital et d'examiner le rapport d'évaluation psychiatrique récemment terminé, mais le juge a considéré cette preuve comme étant non pertinente compte tenu du libellé de l'art. 25 *LSEF* :

[TRADUCTION]

M. LUDKIEWICZ [au téléphone] : Ouais. Je voulais demander à la cour de, de tenir l'audience à l'hôpital avec -- si, si Monsieur le Juge voulait, voulait venir. Je, je pense que le --

LA COUR [au téléphone] : À quoi, à quoi ça sert?

M. LUDKIEWICZ : C'est -- à ce que j'en comprends, d'après l'évaluation, la patiente est capable de prendre ses propres décisions.

LA COUR : Elle a moins de 16 ans.

M. LUDKIEWICZ : Elle, elle a été évaluée par, par les médecins. Il, il y a un rapport de l'évaluation, que j'aimerais déposer en preuve en premier lieu, qui indique qu'[A.C.] comprend la nature, pardonnez-moi, de sa maladie ainsi que les conséquences possibles.

LA COUR : Monsieur l'Avocat, je -- où -- aidez-moi à comprendre. Elle a moins de 16 ans. Est-ce que son consentement est nécessaire?

MR. LUDKIEWICZ: Her -- if, if she's capable, My Lord.

THE COURT: Where does it say --

MR. LUDKIEWICZ: She's, she's in the same position as, as an adult. She makes her own medical decisions.

MR. THOMSON [Counsel for the Director]: Your Lordship, what the agency is relying on are the provisions of Section 25 of the Child and Family Services Act which clearly contemplate that that type of investigation doesn't occur under the legislation for a child who is less than 16 years of age and the provision that I would rely on in particular is subsection 9 of Section 25 of the Act.

MR. LUDKIEWICZ: Well, My, My Lord, first of all, the -- this, this is a Charter matter, to begin with. I'd like to put that on the record. It involves Section 2(a) freedom of religion. It involves Section 7, liberty and security of the person. A capable person of any age makes their own decisions when it comes to, to health care. They have they [*sic*] freedom of choice. So I believe that the first thing that My Lord should have before you is the assessment report. [Emphasis added; A.R., at pp. 178-79.]

[186] The s. 25 hearing proceeded as soon as counsel representing A.C.'s family arrived at the hospital. The applications judge was conferenced in by telephone. Counsel again sought to introduce evidence as to A.C.'s capacity through the psychiatric report and through A.C.'s father, but was stopped by the applications judge (A.R., at p. 201).

MR. LUDKIEWICZ: In my examination of the father. When, when I was coming to this hearing, when I was driving it was indicated that we're assuming that [A.C.] has capacity; is that correct --

THE COURT: That's --

MR. LUDKIEWICZ: -- or am I allowed to lead that?

THE COURT: I'm, I'm proceeding on the assumption that she has capacity and doesn't want this done. I'm taking that as a given. [Emphasis added; A.R., at p. 199.]

When counsel for the Director sought to ask A.C.'s doctor about A.C.'s capacity, the applications judge,

M. LUDKIEWICZ : Son -- si, si elle est capable, Monsieur le Juge.

LA COUR : Où est-ce indiqué --

M. LUDKIEWICZ : Elle, elle se trouve dans la même position qu'un, qu'un adulte. Elle prend ses propres décisions médicales.

M. THOMSON [avocat du Directeur] : Monsieur le Juge, l'office se fonde sur l'article 25 de la Loi sur les services à l'enfant et à la famille, qui prévoit clairement qu'un enfant de moins de 16 ans n'est pas soumis à ce type d'examen en vertu de la loi et je me fonde particulièrement sur le paragraphe 9 de cet article.

M. LUDKIEWICZ : Bien, Monsieur, Monsieur le Juge, premièrement, le -- il, il s'agit d'une question relative à la Charte. J'aimerais que cela figure dans le dossier. Elle touche la liberté de religion garantie à l'alinéa 2a). Elle met en cause la liberté et la sécurité de la personne garanties à l'article 7. Une personne capable, peu importe son âge, prend ses propres décisions au sujet des soins de santé. Elle a la liberté de choisir. Alors, je pense, Monsieur le Juge, que vous devriez d'abord examiner le rapport de l'évaluation. [Je souligne; d.a., p. 178-179.]

[186] L'audience prévue à l'art. 25 a repris dès l'arrivée à l'hôpital de l'avocat qui représentait la famille d'A.C. Le juge des requêtes y assistait par téléconférence. Pour établir la capacité d'A.C., l'avocat a encore une fois tenté de présenter en preuve le rapport psychiatrique et le témoignage du père d'A.C., mais le juge des requêtes l'en a empêché (d.a., p. 201).

[TRADUCTION]

M. LUDKIEWICZ : Lors du témoignage du père. Lorsque, lorsque je me rendais à l'audience, quand je conduisais, il a été dit que nous présumons qu'A.C. est capable; est-ce correct --

LA COUR : C'est --

M. LUDKIEWICZ : -- ou puis-je le présenter en preuve?

LA COUR : Je, je présume qu'elle est capable et qu'elle refuse le traitement. Je le tiens pour acquis. [Je souligne; d.a., p. 199.]

Quand l'avocat du Directeur a voulu poser des questions au médecin d'A.C. à propos de la capacité de

consistently with his earlier ruling, did not allow it:

THE COURT: I think, I think that if [A.C.'s capacity] becomes a live issue then I would want to attend and speak to the child myself and see the assessment report. But I am going to proceed, as I say. If we're going to proceed in this format then it seems to me only fair to proceed on the assumption that the child has capacity and that the child objects.

If, if, if I thought that, that [A.C.'s capacity] was going to be an issue, then I would deal with it by way of attending and speaking to the child and reading the assessment report rather than hearing Dr. Lipnowski's summary or opinion based on that, counsel. So I'm going to proceed without that. [Emphasis added; A.R., at p. 201.]

[187] Based on the attending doctor's evidence, the applications judge was satisfied that there was "immediate danger as the minutes go by, if not [of] death, then certainly serious damage". He granted the treatment order because, in his opinion, s. 25(8) *CFSA* requires the court to act in what the court regards as the "best interests of the child" even for minors with capacity if they are under 16 years of age. In his view, the blood transfusion would be in A.C.'s best interests. He did not address the *Charter* issues. He issued an order

4. That qualified medical personnel are hereby authorized to administer blood transfusions and/or blood products to the Respondent [A.C.] as they deem medically necessary without the consent of Respondent [A.C.] or her parents. . . .

[188] Pursuant to s. 27(1) *CFSA*, the Director then filed a petition and notice of an application for an order declaring A.C. to be a child in need of protection. On May 1, 2006, while still apprehended, A.C. filed an application for relief under the *Charter* claiming that her apprehension and the Director's related actions violated her *Charter* rights. Subsequently the Director withdrew the apprehension and his guardianship petition. The

cette dernière, le juge des requêtes, conformément à sa décision précédente, ne l'a pas autorisé :

[TRADUCTION]

LA COUR : Je pense, je pense que, si la capacité d'A.C. devenait une question en litige, je voudrais rencontrer l'enfant et lui parler moi-même et consulter le rapport de l'évaluation. Mais, je vais procéder, comme je l'ai dit. Si nous devons procéder de cette façon, il me semble alors juste de présumer que l'enfant est capable et que l'enfant s'oppose.

Si, si, si je croyais que, que [la capacité d'A.C.] était en litige, alors je rencontrerais l'enfant et lui parlerais et je lirais le rapport de l'évaluation au lieu d'écouter le résumé du D^r^ Lipnowski ou son opinion basée sur ce rapport, Monsieur l'Avocat. Je vais alors procéder sans cela. [Je souligne; d.a., p. 201.]

[187] Se fondant sur le témoignage du médecin traitant, le juge des requêtes était convaincu que la patiente courait le [TRADUCTION] « risque immédiat, sinon de mourir, certainement de subir un grave dommage d'une minute à l'autre ». Il a accordé l'ordonnance de traitement parce qu'à son avis le par. 25(8) *LSEF* oblige la cour à agir conformément à ce qu'elle juge être dans « l'intérêt de l'enfant » même pour les mineurs capables s'ils ont moins de 16 ans. À son avis, il était dans l'intérêt d'A.C. de recevoir la transfusion sanguine. Il n'a pas abordé les questions relatives à la *Charte*. Il a ordonné :

[TRADUCTION]

4. Que le personnel médical qualifié soit autorisé à administrer à l'intimée [A.C.] les transfusions de sang et/ou de produits sanguins jugées nécessaires sur le plan médical, sans le consentement de l'intimée [A.C.] ou de ses parents. . .

[188] En vertu du par. 27(1) *LSEF*, le Directeur a ensuite présenté une requête et un avis d'une demande visant à obtenir une ordonnance déclarant qu'A.C. est une enfant qui a besoin de protection. Le 1^er^ mai 2006, toujours appréhendée, A.C. a déposé une demande de réparation en vertu de la *Charte*, faisant valoir que son appréhension et les mesures prises par le Directeur à cet égard ont porté atteinte à ses droits garantis par la *Charte*.

psychiatric assessment report was filed as an exhibit on the appeal.

B. *Manitoba Court of Appeal (Huband, Steel and Hamilton JJ.A.)*, 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163

[189] Steel J.A., for a unanimous court, agreed that s. 25 *CFSA* violates religious freedom but found the violation was saved under s. 1 of the *Charter*. Medical treatment against an individual's wishes also violated the s. 7 interests of liberty and security of the person, but did so here in accordance with the principles of fundamental justice, and so did not result in a breach of s. 7. The age-based distinction also did not violate s. 15, since "[a]ge-based distinctions are a common and necessary way of ordering society" (para. 4).

IV. Relevant Statutory Provisions

[190] *Child and Family Services Act*, C.C.S.M. c. C80

25(1) Where a child has been apprehended, an agency

. . .

(c) may authorize the provision of medical or dental treatment for the child if

(i) the treatment is recommended by a duly qualified medical practitioner or dentist,

(ii) the consent of a parent or guardian of the child would otherwise be required, and

(iii) no parent or guardian of the child is available to consent to the treatment.

25(2) Notwithstanding clause (1)(b) or (c), if the child is 16 years of age or older, an agency shall not authorize a medical examination under clause (1)(b) or medical or dental treatment under clause (1)(c) without the consent of the child.

Par la suite, le Directeur a annulé l'appréhension et s'est désisté de sa demande de tutelle. Le rapport d'évaluation psychiatrique a été déposé comme pièce en appel.

B. *Cour d'appel du Manitoba (les juges Huband, Steel et Hamilton)*, 2007 MBCA 9, 212 Man. R. (2d) 163

[189] Dans un jugement unanime rendu par la juge Steel, la Cour d'appel a conclu que l'art. 25 *LSEF* porte atteinte à la liberté de religion, mais que cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Un traitement médical administré contre la volonté d'une personne portait aussi atteinte au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7, mais en l'occurrence l'atteinte était conforme aux principes de justice fondamentale, de sorte qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 7. La distinction fondée sur l'âge n'a pas non plus violé l'art. 15, parce que [TRADUCTION] « [l]es distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société » (par. 4).

IV. Dispositions législatives pertinentes

[190] *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. ch. C80

25(1) Lorsqu'un enfant a été appréhendé, l'office :

. . .

c) peut permettre que l'enfant reçoive un traitement médical ou dentaire si :

(i) le traitement est recommandé par un médecin ou un dentiste,

(ii) le consentement d'un des parents ou des tuteurs serait pas ailleurs requis,

(iii) les parents ou les tuteurs de l'enfant ne sont pas en mesure de consentir au traitement en question.

25(2) Par dérogation à l'alinéa (1)b) ou c), un office ne peut permettre qu'un enfant d'au moins 16 ans soit soumis à un examen médical en vertu de l'alinéa (1)b) ou à un traitement médical ou dentaire en vertu de l'alinéa (1)c) sans son consentement.

25(3) An agency may apply to court for an order

(a) authorizing a medical examination of an apprehended child where the child is 16 years of age or older and refuses to consent to the examination; or

(b) authorizing medical or dental treatment for an apprehended child where

(i) the parents or guardians of the child refuse to consent to the treatment, or

(ii) the child is 16 years of age or older and refuses to consent to the treatment.

25(4) The agency shall notify the parents or guardians of the child and the child, if the child is 16 years of age or older, of the time and place at which an application under subsection (3) is to be heard, and shall do so not less than two days before the time fixed for the hearing.

. . .

25(8) Subject to subsection (9), upon completion of a hearing, the court may authorize a medical examination or any medical or dental treatment that the court considers to be in the best interests of the child.

29(9) The court shall not make an order under subsection (8) with respect to a child who is 16 years of age or older without the child's consent unless the court is satisfied that the child is unable

(a) to understand the information that is relevant to making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment; or

(b) to appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment.

V. Analysis

[191] Individuals who do not subscribe to the beliefs of Jehovah's Witnesses find it difficult to understand their objection to the potentially life-saving effects of a blood transfusion. It is entirely understandable that judges, as in this case, would instinctively give priority to the sanctity of life. Religious convictions may change. Death is irreversible. Even where death is avoided, damage to internal organs caused by loss of blood may have serious and long lasting effects.

25(3) Un office peut demander à la Cour une ordonnance :

a) autorisant l'examen médical d'un enfant appréhendé qui a au moins 16 ans et refuse d'être examiné;

b) autorisant le traitement médical ou dentaire d'un enfant appréhendé si :

(i) les parents ou les tuteurs de l'enfant refusent de consentir au traitement,

(ii) celui-ci a au moins 16 ans et refuse de recevoir le traitement.

25(4) Au moins deux jours avant la date d'audition de la demande visée au paragraphe (3), l'office avise les parents ou les tuteurs de l'enfant et celui-ci, s'il est âgé d'au moins 16 ans, de l'heure et de l'endroit de l'audience.

. . .

25(8) Sous réserve du paragraphe (9), la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant.

25(9) La Cour ne peut rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (8) sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut :

a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;

b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire.

V. Analyse

[191] Les personnes qui n'adhèrent pas aux croyances des Témoins de Jéhovah ont de la difficulté à comprendre qu'ils s'opposent à une transfusion de sang pouvant leur sauver la vie. Il est tout à fait compréhensible que des juges, comme en l'espèce, privilégient instinctivement le caractère sacré de la vie. Les convictions religieuses peuvent changer, mais la mort est irréversible. Même lorsque la mort est évitée, les dommages causés aux organes internes par la perte de sang peuvent avoir des effets graves et durables.

[192] Yet strong as is society's belief in the sanctity of life, it is equally fundamental that every competent individual is entitled to autonomy to choose or not to choose medical treatment except as that autonomy may be limited or prescribed within the framework of the Constitution. The rights under s. 2(*a*) of the *Charter* (religious freedom) and s. 7 (liberty and security of the person) are given to *everyone*, including individuals under 16 years old.

[193] Under s. 25 of Manitoba's *CFSA*, a court may authorize medical treatment of a child under 16 who is declared to be in need of protection if it considers the treatment to be "in the best interests of the child", having regard to "all relevant matters" including a series of factors enumerated at s. 2(1) of the Act, "the child's cultural, linguistic, racial and religious heritage". Section 2(1)(f) talks about "the views and preferences of the child where they can reasonably be ascertained". Yet all of these factors are treated merely as inputs into the assessment by a third party — the judge — of a child's "best interests".

[194] In *Starson v. Swayze*, 2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722, faced with an individual suffering from a mental illness, this Court recognized that a "best interests" assessment by a court is only appropriate in the absence of an individual's capacity to decide for himself or herself. The province in that case sought to protect individuals who are vulnerable because of mental illness in much the same way as the province in this case seeks to protect those who are vulnerable because of youth. It was made clear in that case that the assessment of an individual's capacity and his or her ability to appreciate the choice that must be taken is completely distinct from an assessment of what is in that same individual's best interests from an objective point of view. McLachlin C.J. (in dissent, but not on this issue) described the balance that must be struck between the value of autonomy and the need to protect the vulnerable:

> Like understanding, appreciation does not require agreement with a particular conclusion, professional or

[192] Or, aussi grande que soit la croyance de la société dans le caractère sacré de la vie, il est également fondamental que toute personne mentalement capable puisse, en toute autonomie, accepter ou refuser un traitement médical, sauf dans la mesure où cette autonomie est restreinte par la Constitution. Les droits garantis par l'al. 2*a*) de la *Charte* (liberté de religion) et par l'art. 7 (liberté et sécurité de sa personne) sont reconnus à *chacun*, y compris les moins de 16 ans.

[193] En vertu de l'art. 25 *LSEF* du Manitoba, un tribunal peut autoriser le traitement médical d'une personne de moins de 16 ans déclarée enfant ayant besoin de protection s'il le juge « dans l'intérêt de l'enfant », compte tenu de « toutes les questions pertinentes », dont une série de facteurs énumérés au par. 2(1) *LSEF*, notamment « le patrimoine culturel, linguistique, racial et religieux de l'enfant ». L'alinéa 2(1)f) mentionne « les opinions et les préférences de l'enfant, lorsqu'elles peuvent être raisonnablement déterminées ». Pourtant, tous ces facteurs sont considérés simplement comme des suggestions dans le cadre de l'appréciation faite par un tiers — le juge — de « l'intérêt supérieur » de l'enfant.

[194] Dans *Starson c. Swayze*, 2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722, ayant à se prononcer sur le cas d'une personne souffrant d'une maladie mentale, la Cour a reconnu qu'une évaluation judiciaire de « l'intérêt » du patient n'est appropriée qu'en cas de son incapacité de décider pour lui-même. La province, dans cette affaire, cherchait à protéger les personnes qui sont vulnérables en raison d'une maladie mentale, essentiellement de la même façon que la province en l'espèce cherche à protéger ceux qui sont vulnérables du fait de leur jeune âge. Il a été clairement établi dans cette affaire que l'évaluation de la capacité d'une personne et de son aptitude à évaluer le choix à faire n'a rien à voir avec l'appréciation de l'intérêt de cette personne d'un point de vue objectif. La juge en chef McLachlin (dissidente, mais non sur ce point) a défini l'équilibre qu'il convient d'établir entre la valeur de l'autonomie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables :

> Tout comme à l'étape de la compréhension, il n'est pas nécessaire, à l'étape de l'évaluation, que le patient

otherwise. A patient may look at the pros and cons of treatment and arrive at a different conclusion than the medical experts. Nor does it amount to a "best interests" standard. A patient who is capable has the right to *refuse* treatment, even if that treatment is, from a medical perspective, in his or her best interest. It is crucial to guard against interpreting disagreement with a particular diagnosis or proposed treatment plan as itself evidence of incapacity. [Underlining and italics added; para. 19.]

donne son assentiment à une conclusion particulière, professionnelle ou autre. Le patient peut considérer les arguments favorables et les arguments défavorables au traitement et arriver à une conclusion différente de celle des experts médicaux. Le critère relatif à l'évaluation n'équivaut pas non plus à une norme fondé sur « l'intérêt » du patient. Un patient capable a le droit de *refuser* un traitement, même si, d'un point de vue médical, ce traitement est dans son intérêt. Il est très important de ne pas interpréter un désaccord au sujet d'un diagnostic donné ou du traitement proposé comme constituant en soi une preuve d'incapacité. [Soulignement et italique ajoutés; par. 19.]

In this case, the majority's interpretation of the *CFSA* does not render rebuttable the presumption that persons under 16 lack the capacity to refuse medical treatment. Under their interpretation of the *CFSA*, even if a minor under 16 demonstrates his or her capacity, he or she is still not treated in the same manner as a minor who is 16 and over. His or her demonstrated capacity remains one consideration among others (however much its weight increases in correspondence with the maturity level and the nature of the treatment decision to be made), and is in no way determinative. A.C.'s position throughout this case has been that once it is established that she is an individual with "capacity" the applications judge ought to cede to her the power to decide to have or not to have the blood transfusion. In seeking to set aside the April 16, 2006 order, A.C. asks for either a constitutional exemption or the nullification of ss. 25(8) and 25(9) *CFSA* (A.F., at paras. 114 and 116). The sliding scale of weight the majority is prepared to give to her views is not responsive to her argument. Her point is: who decides?

En l'espèce, l'interprétation de la *LSEF* par la majorité ne rend pas réfutable la présomption que les moins de 16 ans ne possèdent pas la capacité de refuser un traitement médical. Selon leur interprétation de la *LSEF*, même si un mineur de moins de 16 ans démontre sa capacité, il n'est toujours pas traité de la même façon qu'un mineur de 16 ans ou plus. Sa capacité démontrée demeure un facteur parmi d'autres (bien que l'importance accordée à sa capacité augmente avec le niveau de maturité et la nature de la décision à prendre) et n'est aucunement déterminante. A.C. a fait valoir tout au long de cette affaire qu'une fois sa « capacité » démontrée le juge des requêtes devait lui reconnaître le pouvoir de décider de recevoir ou non la transfusion de sang. En cherchant à faire annuler l'ordonnance du 16 avril 2006, A.C. demande une exemption constitutionnelle ou l'invalidation des par. 25(8) et (9) *LSEF* (m.a., par. 114 et 116). L'importance variable que la majorité est disposée à accorder à son opinion ne répond pas à son argument. Le point qu'elle veut faire valoir est le suivant : qui décide?

[195] In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, this Court upheld an Ontario child welfare statute that allowed a court to order that a blood transfusion be given to a baby against the parent's religious convictions because "a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child" (para. 225). The present situation is clearly distinguishable because here A.C.'s *own* physical integrity and religious conviction are in issue, and there was no evidence, and no

[195] Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, la Cour a confirmé la validité d'une loi ontarienne relative au bien-être des enfants qui permettait à un tribunal d'ordonner l'administration d'une transfusion sanguine à un nouveau-né à l'encontre des convictions religieuses des parents puisque « la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie » (par. 225). La situation en l'espèce est nettement différente, car la *propre* intégrité physique et les *propres* convictions

argument, that A.C. was somehow acting under parental influence.

A. *The Charter Right to Personal Autonomy*

[196] A competent and informed adult may always refuse treatment. This is a right that long predated the *Charter*. Health care providers must obtain a legally valid consent before treating patients: *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.). In *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119, this Court endorsed the proposition that "[t]he fact that serious risks or consequences may result from a refusal of medical treatment does not vitiate the right of medical self-determination" (p. 135).

[197] This right to personal autonomy is, of course, independent of any religious conviction, although religion may on occasion be a motivating factor.

[198] There is a strong consensus among common law countries regarding the right to refuse medical treatment, even if this leads to death. (See A. Meisel, "The Legal Consensus About Forgoing Life-Sustaining Treatment: Its Status and Its Prospects" (1992), 2 *Kennedy Inst. of Ethics J.* 309; B. M. Dickens, "Medically Assisted Death: *Nancy B.* v. *Hôtel-Dieu de Québec*" (1993), 38 *McGill L.J.* 1053, at p. 1060; *Airedale NHS Trust v. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821 (H.L.), at p. 891; *Re C (adult: refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819 (Fam. Div.); *Re T (adult: refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649 (C.A.); *Re B (adult: refusal of medical treatment)*, [2002] EWHC 429 (Fam.), [2002] 2 All E.R. 449; *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); and *Auckland Area Health Board v. Attorney-General*, [1993] 1 N.Z.L.R. 235 (H.C.).)

[199] In Canada, this was recognized by the Ontario Court of Appeal in the *Malette* case.

religieuses d'A.C. sont en cause et il n'existe aucune preuve, ni aucun argument, qu'A.C. agissait sous l'influence de ses parents.

A. *Le droit à l'autonomie personnelle garanti par la Charte*

[196] Un adulte mentalement capable et bien informé peut toujours refuser un traitement. Il s'agit d'un droit bien antérieur à la *Charte*. Les fournisseurs de soins de santé doivent obtenir un consentement juridiquement valide avant de traiter les patients : *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.). Dans *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119, la Cour a appuyé la thèse que « [l]es risques ou les conséquences graves que peut entraîner le refus d'un traitement médical ne permettent aucunement de porter atteinte au droit au libre choix en matière médicale » (p. 135).

[197] Ce droit à l'autonomie personnelle est, bien entendu, indépendant de toute conviction religieuse, bien que la religion puisse parfois constituer un facteur de motivation.

[198] Un consensus solide se dégage des pays de common law à propos du droit de refuser un traitement médical, même si ce refus s'avère fatal. (Voir A. Meisel, « The Legal Consensus About Forgoing Life-Sustaining Treatment : Its Status and Its Prospects » (1992), 2 *Kennedy Inst. of Ethics J.* 309; B. M. Dickens, « Medically Assisted Death : *Nancy B.* v. *Hôtel-Dieu de Québec* » (1993), 38 *R.D. McGill* 1053, p. 1060; *Airedale NHS Trust c. Bland*, [1993] 1 All E.R. 821 (H.L.), p. 891; *Re C (adult : refusal of medical treatment)*, [1994] 1 All E.R. 819 (Fam. Div.); *Re T (adult : refusal of medical treatment)*, [1992] 4 All E.R. 649 (C.A.); *Re B. (adult : refusal of medical treatment)*, [2002] EWHC 429 (Fam.), [2002] 2 All E.R. 449; *Cruzan c. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); et *Auckland Area Health Board c. Attorney-General*, [1993] 1 N.Z.L.R. 235 (H.C.).)

[199] Au Canada, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu ce droit dans l'affaire *Malette*. Madame

Mrs. Malette was a Jehovah's Witness who arrived at the hospital unconscious but who carried with her a signed medical alert card specifying that no blood be administered under any circumstances. Nevertheless, the doctor (no doubt acting on a belief in the sanctity of life) gave Mrs. Malette a blood transfusion. He was held liable for battery. The court stated:

> A competent adult is generally entitled to reject a specific treatment or all treatment, or to select an alternate form of treatment, even if the decision may entail risks as serious as death and may appear mistaken in the eyes of the medical profession or of the community. Regardless of the doctor's opinion, it is the patient who has the final say on whether to undergo the treatment. . . . The doctrine of informed consent is plainly intended to ensure the freedom of individuals to make choices concerning their medical care. For this freedom to be meaningful, people must have the right to make choices that accord with their own values regardless of how unwise or foolish those choices may appear to others . . . .
>
> . . .
>
> The state's interest in preserving the life or health of a competent patient must generally give way to the patient's stronger interest in directing the course of her own life. . . . Recognition of the right to reject medical treatment cannot, in my opinion, be said to depreciate the interest of the state in life or in the sanctity of life. Individual free choice and self-determination are themselves fundamental constituents of life. To deny individuals freedom of choice with respect to their health care can only lessen, and not enhance, the value of life. [Emphasis added; pp. 424 and 429-30.]

Malette was endorsed by the majority opinion in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 598.

[200] In *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 69 C.C.C. (3d) 450, the Superior Court of Quebec applied the *Civil Code of Lower Canada* to hold that Mrs. B. had the right to discontinue her respiratory support treatment, even though this would soon lead to her death. The majority opinion in *Rodriguez*, at p. 598, confirmed that *Nancy B.* correctly states the law in common law provinces as well.

Malette, témoin de Jéhovah, était inconsciente à son arrivée à l'hôpital, mais elle avait avec elle une carte Medic-Alert portant sa signature et indiquant qu'en aucun cas elle ne devait recevoir de sang. Malgré tout, le médecin (agissant sans doute au nom du caractère sacré de la vie) lui a donné une transfusion sanguine. Il a été tenu responsable de voies de fait. La cour a déclaré :

> [TRADUCTION] L'adulte mentalement capable a généralement le droit de refuser un traitement particulier ou toute forme de traitement, ou de choisir une forme de traitement autre que celle proposée, même si sa décision peut comporter de sérieux risques, comme le risque de décès, et peut paraître erronée aux yeux de la profession médicale ou de la collectivité. Quelle que soit l'opinion du médecin, c'est le patient qui décide en dernière analyse s'il subira ou non le traitement. [. . .] La règle du consentement éclairé vise simplement à faire en sorte que le patient soit libre de faire les choix se rapportant à son traitement médical. Pour que cette liberté ait un sens, toute personne doit avoir le droit de faire des choix qui concordent avec ses valeurs, si imprudents ou irréfléchis qu'ils soient aux yeux des autres . . .
>
> . . .
>
> L'intérêt de l'État à préserver la vie ou la santé d'un patient mentalement capable doit généralement céder le pas au droit du patient de diriger le cours de sa vie. [. . .] À mon avis, on ne saurait dire que la reconnaissance du droit de refuser un traitement médical diminue la valeur de l'intérêt de l'État pour la vie et le caractère sacré de la vie. Le libre choix et l'autodétermination sont des aspects fondamentaux de la vie. Porter atteinte à la liberté du choix des soins de santé d'une personne ne peut que diminuer, et non augmenter, la valeur de la vie. [Je souligne; p. 424 et 429-430.]

L'arrêt *Malette* a été approuvé par les juges majoritaires dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 598.

[200] Dans *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361, la Cour supérieure du Québec a appliqué le *Code civil du Bas-Canada* pour conclure que M^me^ B. avait le droit d'interrompre son traitement de soutien respiratoire, même si cela devait bientôt entraîner sa mort. Dans *Rodriguez*, p. 598, les juges majoritaires ont confirmé que la décision *Nancy B.* énonce bien le droit qui s'applique aussi dans les provinces de common law.

[201] Professor Bernard Dickens concludes, I think correctly, that in these cases the courts "have accepted the legal option of mentally competent free individuals to risk preventable death rather than be compelled to live under conditions they find objectionable" (p. 1065 (emphasis added)).

B. *The Personal Autonomy of "Mature Minors"*

[202] These principles were applied in the context of "mature minors" by the British Columbia Court of Appeal in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637, at para. 75:

> But once the required capacity to consent has been achieved by the young person reaching sufficient maturity, intelligence and capability of understanding, the discussions about the nature of the treatment, its gravity, the material risks and any special or unusual risks, and the decisions about undergoing treatment, and about the form of the treatment, must all take place with *and be made by* the young person whose bodily integrity is to be invaded and whose life and health will be affected by the outcome. [Underlining and italics added.]

A.C. is not an adult, but nor was she a toddler at the relevant time. The court in *Van Mol* quite rightly viewed the young person with capacity as entitled to *make* the treatment decision, not just to have "input" into a judge's consideration of what the judge believes to be the young person's best interests. Under Abella J.'s approach, the court may (or may not) decide to give effect to the young person's view, but it is still the court that makes the final decision as to what is best for the young person. *This* mature young person, however, insists on the right to make her own determination about what treatment to receive or not to receive, based on a mature grasp of her perilous situation.

C. *What Is "Capacity"?*

[203] The respondent Director points out, correctly in my view, that "capacity is about more than intelligence". He goes on to describe "capacity" as

[201] Le professeur Bernard Dickens conclut, à juste titre selon moi, que dans ces affaires, les tribunaux [TRADUCTION] « ont accepté le choix juridique des personnes libres et mentalement capables de défier la mort plutôt que de vivre dans des conditions qu'elles trouvent inacceptables » (p. 1065 (je souligne)).

B. *L'autonomie personnelle des « mineurs matures »*

[202] Dans *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore*, 1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637, par. 75, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué ces principes dans le contexte des « mineurs matures » :

> [TRADUCTION] Lorsque le jeune dont l'intégrité corporelle est en cause et dont la vie et la santé dépendront du résultat du traitement a acquis une maturité, une intelligence et une capacité mentale suffisantes pour comprendre, les discussions sur la nature et la gravité du traitement, tout risque particulier ou inhabituel de même que les risques importants, ainsi que la décision d'entreprendre le traitement et celle concernant les formes de traitement doivent l'inclure et les décisions *doivent être prises par* lui. [Soulignements et italiques ajoutés.]

A.C. n'est pas une adulte, mais au moment visé elle n'était pas non plus un bambin. Dans *Van Mol*, la cour a considéré, à juste titre, que la jeune personne capable avait le droit de *prendre* la décision concernant le traitement, et non pas seulement de voir son point de vue « pris en compte » dans l'évaluation par le juge de son intérêt supérieur. Selon le raisonnement de la juge Abella, la cour peut (ou non) décider de donner suite à l'opinion de la jeune personne, mais, en dernier lieu, c'est toujours la cour qui décide de ce qui est dans l'intérêt supérieur de celle-ci. Or, *cette* jeune personne mature insiste sur le droit de décider elle-même du traitement à recevoir ou non, selon sa compréhension de la gravité de la situation.

C. *Qu'est-ce la « capacité »?*

[203] Le Directeur intimé souligne, avec raison à mon avis, que [TRADUCTION] « la capacité ne tient pas qu'à l'intelligence ». Il ajoute que la « capacité » est

"ethical, emotional maturity"; in short, wisdom and a sense of judgment. Moreover, capacity, however defined, is by no means the only factor governing one's ability to make an informed healthcare decision. As important is whether the choice is made *voluntarily* and whether it is, in fact, an *informed* decision .... [Emphasis in original; R.F., at para. 35.]

The Chief Justice objects that the Director's "broader definition of maturity [cannot be equated] with the more limited definition of capacity in s. 25(9) *CFSA*" (para. 146), but of course the Director was specifically talking about *capacity* in the context of s. 25(9), which is what the argument in this case is all about. In any event, the greater includes the lesser.

[204] I agree with the Director's view of what constitutes "capacity" in this context, as did the *Van Mol* court when it spoke of "capacity" as being attained when the young person has achieved "sufficient maturity, intelligence and capability of understanding" (para. 75). This approach to capacity, in my view, is reflected in s. 25(9) *CFSA* which relates capacity to the ability

> (a) to understand the information that is relevant to making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment; or
>
> (b) to appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment.

[205] In this case, the formal order dated April 16, 2006 flatly accepts A.C.'s capacity as a fact, and the hospital's psychiatric unit reported that A.C.'s decision was both informed and voluntary. No one contends otherwise.

D. *The Constitutional Objection*

[206] The Crown supports the validity of the *CFSA* on the basis that decisions about medical treatment cannot be left in the hands of young persons because they cannot be expected to fully grasp the nature or seriousness of their medical condition

[TRADUCTION] une « maturité morale et affective »; bref, une sagesse et le sens du discernement. De plus, la capacité, quelle qu'en soit la définition, n'est en aucun cas le seul facteur qui régisse l'aptitude à prendre une décision éclairée en matière de soins de santé. Est également importante la question de savoir si le choix est *volontaire* et s'il s'agit, en fait, d'une décision *éclairée* ... [En italique dans l'original; m.i., par. 35.]

La Juge en chef objecte que la « définition plus large de maturité » que donne le Directeur ne peut être assimilée à une « définition plus étroite de capacité au par. 25(9) *LSEF* » (par. 146), mais naturellement le Directeur parle précisément de la *capacité* dans le contexte du par. 25(9), qui est le fond de l'argument en l'espèce. Quoi qu'il en soit, le général englobe le particulier.

[204] Je souscris à l'opinion du Directeur au sujet de la « capacité » dans ce contexte, comme l'a fait la cour dans *Van Mol* quand elle a dit qu'un jeune a la « capacité » requise lorsqu'il a acquis [TRADUCTION] « une maturité, une intelligence et une capacité mentale suffisantes pour comprendre » (par. 75). À mon avis, cette approche ressort du par. 25(9) *LSEF*, qui établit un lien entre la capacité et l'aptitude à

> a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;
>
> b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire.

[205] En l'espèce, l'ordonnance formelle rendue le 16 avril 2006 a simplement accepté la capacité d'A.C. comme un fait, et l'unité de psychiatrie de l'hôpital a indiqué que la décision d'A.C. était éclairée et volontaire. Personne ne prétend le contraire.

D. *L'objection constitutionnelle*

[206] Le ministère public soutient la validité de la *LSEF* au motif que les décisions en matière de traitement médical ne peuvent revenir aux jeunes, car on ne peut s'attendre à ce qu'ils comprennent bien la nature ou la gravité de leur maladie ou les

or the consequences of refusing consent to treatment. The court is therefore authorized to grant or withhold consent based on the "best interests of the child".

[207] Of course, if a teenager (as in this case) *does* understand the nature and seriousness of her medical condition and is mature enough to appreciate the consequences of refusing consent to treatment, then the justification for taking away the autonomy of *that* young person in such important matters does not exist.

[208] As mentioned, the reasons of my colleague Abella J. attempt to soften the *CFSA* scheme by interpreting the scope of "the best interests of the child" test to include the judicial notion of "mature minor" and consideration of A.C.'s capacity, but the brunt of A.C.'s objection is directed at a prior question, whether the state can impose a "best interests of the child" test when the judge accepts that the factual basis for its imposition does not exist.

E. *The Irrebuttable Presumption of Incapacity*

[209] Having accepted that A.C. was a "person with capacity to give or refuse consent to her own medical care" (A.R., at p. 91), the applications judge nevertheless concluded that s. 25(8) *CFSA* made that inquiry irrelevant in the case of a young person under 16 years of age because, as the Director puts it in his factum,

> there is no "mature minor" exception in the *CFSA*. There is nothing ambiguous about the delineation between a child over the age of 16 and a child under the age of 16 in s. 25 of the *CFSA*. The former is deemed capable of making treatment decisions (rebuttable on evidence to the contrary), while the treatment decisions of [a person under 16], even if she is capable, will not be dispositive. [Emphasis in original; R.F., at para. 46.]

Similarly, in the Court of Appeal the parties agreed that the court "would proceed in the same manner as did [the applications judge]; that is, by assuming that A.C. had capacity" and on that basis, determine

conséquences du refus de traitement. Le tribunal est donc autorisé à donner ou à refuser son consentement en fonction de « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

[207] Bien entendu, si une adolescente (comme en l'espèce) comprend *effectivement* la nature et la gravité de sa maladie et qu'elle est suffisamment mature pour apprécier les conséquences du refus de traitement, alors rien ne justifie de priver *cette* jeune personne de son autonomie relativement à des questions aussi importantes.

[208] Comme je l'ai déjà dit, ma collègue la juge Abella tente, dans ses motifs, d'adoucir l'économie de la *LSEF* en interprétant le critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant » de façon à inclure la notion juridique du « mineur mature » et l'examen judiciaire de la capacité d'A.C., mais l'objection d'A.C. vise essentiellement la question préalable de savoir si l'État peut imposer le critère de « l'intérêt supérieur de l'enfant » quand le juge reconnaît que le fondement factuel de l'imposition n'existe pas.

E. *La présomption irréfutable d'incapacité*

[209] Après avoir reconnu qu'A.C. était une [TRADUCTION] « personne capable d'accorder ou de refuser son consentement quant à ses soins médicaux » (d.a., p. 91), le juge des requêtes a tout de même conclu que le par. 25(8) *LSEF* enlevait toute pertinence à cet examen dans le cas d'une personne de moins de 16 ans parce que, comme le souligne le Directeur dans son mémoire,

> [TRADUCTION] il n'existe dans la *LSEF* aucune exception applicable aux « mineurs matures ». La démarcation entre un enfant de plus de 16 ans et un enfant de moins de 16 ans établie à l'art. 25 de la *LSEF* n'a rien d'ambigu. Le premier est réputé capable de décider du traitement (réfutable par une preuve contraire), alors que les décisions en matière de traitement prises par [une personne de moins de 16 ans], même si elle est capable, ne seront pas déterminantes. [Soulignement dans l'original; m.i., par. 46.]

De même, en Cour d'appel, les parties ont convenu que le tribunal [TRADUCTION] « procéderait de la même façon que [le juge des requêtes], c'est-à-dire en présumant qu'A.C. avait la capacité requise », et

the "pure question of law with respect to statutory interpretation [ss. 25(8) and 25(9) *CFSA*] and the impact of that interpretation on A.C.'s *Charter* rights" (C.A. rehearing motion, 2007 MBCA 59, 214 Man. R. (2d) 177, at para. 14).

[210] Steel J.A. for the Court of Appeal concluded, and I agree with her succinct interpretation:

> Reading s. 25(8) together with s. 25(9), in the context of the whole *CFSA*, it seems clear that the legislature did direct its mind to the question of a mature minor. The language is plain. It decided to provide for a modified mature minor rule where the treatment decisions of those 16 and over with capacity would be respected. For those under 16, *with or without capacity*, the court would decide based on the best interests tests. That does not mean that the child's wishes and capacity are not considered when ascertaining what is in the child's best interests, but they are not determinative factors. [Underlining and italics added; para. 50.]

The question is whether the "modified mature minor" rule can pass *Charter* muster.

F. *Charter Objections to the Irrebuttable Presumption of Incapacity of Young Persons Under 16 Years Old*

[211] The appellant A.C. contends that the irrebuttable presumption of incapacity to consent to or refuse medical treatment violates her freedom of religion (s. 2(*a*)), her right not to be deprived of her liberty or security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7), and her right to be free of age discrimination (s. 15).

(1) Freedom of Religion

[212] Section 2(*a*) of the *Charter* provides that "[e]veryone has the following fundamental freedoms [including] freedom of conscience and religion". "Everyone" includes A.C.

statuerait donc sur la [TRADUCTION] « pure question de droit relative à l'interprétation [des par. 25(8) et (9) *LSEF*] et sur l'impact de cette interprétation sur les droits d'A.C. garantis par la *Charte* » (C.A., requête en nouvelle audition, 2007 MBCA 59, 214 Man. R. (2d) 177, par. 14).

[210] Au nom de la Cour d'appel, la juge Steel a formulé la conclusion suivante et je suis d'accord avec son interprétation succincte :

> [TRADUCTION] Si l'on interprète le par. 25(8) conjointement avec le par. 25(9), compte tenu de l'ensemble de la *LSEF*, il apparaît clairement que le législateur s'est attardé à la question des mineurs matures. Le libellé est clair. Il a décidé d'instituer une règle modifiée du mineur mature selon laquelle les décisions en matière de traitement des jeunes d'au moins 16 ans ayant la capacité requise seraient respectées. En ce qui concerne ceux de moins de 16 ans, *capables ou non*, le tribunal prendrait la décision en se fondant sur le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cela ne signifie pas que les volontés et la capacité de celui-ci ne soient pas prises en considération dans la détermination de ce qui est dans son intérêt supérieur, mais ce ne sont pas des facteurs déterminants. [Soulignement et italiques ajoutés; par. 50.]

Il s'agit de savoir si la « règle modifiée du mineur mature » peut réussir l'examen de la *Charte*.

F. *Oppositions fondées sur la Charte à la présomption irréfutable d'incapacité des jeunes de moins de 16 ans*

[211] L'appelante A.C. soutient que la présomption irréfutable d'incapacité d'accepter ou de refuser un traitement médical porte atteinte à sa liberté de religion (al. 2*a*)), à son droit de ne pas se voir privée de la liberté ou de la sécurité de sa personne sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7) et à son droit d'être à l'abri de toute discrimination fondée sur l'âge (art. 15).

(1) Liberté de religion

[212] L'alinéa 2*a*) de la *Charte* prévoit : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : [notamment la] liberté de conscience et de religion ». « Chacun » inclut A.C.

[213] Jehovah's Witnesses believe that blood represents life and that respect for this gift from God requires the faithful to abstain from accepting blood to sustain life. They say that the Bible's prohibition applies equally to eating, drinking and transfusing blood and is not lessened in times of emergency. They believe that observance of this principle is an element of their personal responsibility before God. In *Malette*, the Ontario Court of Appeal recognized that "[i]f [Mrs. Malette's] refusal involves a risk of death, then, according to her belief, her death would be necessary to ensure her spiritual life" (p. 429).

[214] The protection afforded to freedom of conscience and religion by s. 2(*a*) of the *Charter* covers religious practices as well as religious beliefs:

> Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.
>
> (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337)

There is no doubt that A.C.'s belief was sincere, as must be established by a s. 2(*a*) claimant (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 46; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at paras. 34-35). It is not contested that the rejection of blood transfusions by Jehovah's Witnesses is fundamental to their religious convictions. Nor would A.C.'s rejection of a blood transfusion harm anyone except (potentially) herself.

[215] Section 25(8) *CFSA* authorizes an applications judge to substitute his view of what is in "the best interests of the child" for the young person's religious conviction that required her to refuse the blood transfusion. The interference with A.C.'s religious conscience far exceeded the "non-trivial" threshold established in *Amselem*, and it was rightly

[213] Les Témoins de Jéhovah croient que le sang représente la vie et qu'en signe de respect pour ce cadeau de Dieu, le fidèle doit s'abstenir de recevoir du sang pour maintenir la vie. Selon eux, la Bible leur interdit de recevoir du sang ainsi que d'en consommer et cette interdiction n'est pas réduite dans les situations d'urgence. Ils croient que l'observance de ce principe est un aspect de leur responsabilité personnelle devant Dieu. Dans *Malette*, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « [s]i le refus [de M^me^ Malette] risque de causer la mort, sa mort est alors nécessaire, selon ses croyances, pour préserver sa vie spirituelle » (p. 429).

[214] La protection qu'accorde l'al. 2*a*) de la *Charte* à la liberté de conscience et de religion englobe autant les pratiques religieuses que les croyances :

> La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.
>
> (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337)

Il ne fait aucun doute que la croyance d'A.C. était sincère, ce que doit démontrer l'auteur d'une demande fondée sur l'al. 2*a*) (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 46; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34-35). Il n'est pas contesté que le refus des Témoins de Jéhovah de recevoir des transfusions de sang est un aspect fondamental de leurs convictions religieuses. Le refus d'A.C. ne ferait non plus de mal à personne, sauf (probablement) à elle-même.

[215] Le paragraphe 25(8) *LSEF* permet au juge des requêtes de substituer son opinion quant à ce qui est dans « l'intérêt de l'enfant » à la conviction religieuse de la jeune personne qui l'oblige à refuser la transfusion de sang. L'atteinte à la conscience religieuse d'A.C. a largement excédé le seuil de l'entrave « non négligeable » établi dans *Amselem* et

conceded by the respondent that s. 25 *CFSA* violated s. 2(*a*), subject, of course, to the s. 1 defence advanced by the government.

(2) Liberty and Security of the Person

[216] Section 7 of the *Charter* provides:

> **7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

"Everyone" includes A.C.

(3) The Liberty Interest

[217] The judgment under appeal concluded that A.C. was not at liberty to refuse a blood transfusion. The s. 7 liberty interest is not limited to freedom from physical restraint, but it can certainly be appreciated that forced medical treatment is a direct physical intrusion into the body of the patient. Moreover it is not without risks.[3] In any event, the s. 7 liberty interest is engaged when the state steps in to prohibit (or compel) fundamental life choices that "[e]veryone" is otherwise free to pursue (or to decline to pursue). In *B. (R.)*, La Forest J. observed, with respect to the liberty interest in s. 7, that

[3] At a recent International Consensus Conference on Transfusion and Outcomes, which included experts in the field of anesthesiology, intensive care, hematology, oncology, surgery, and patient blood management, and was monitored by the United States Food and Drug Administration and the American and the Australian Red Cross, what was described as "[a]n exhaustive review and analysis of the medical literature by a panel of experts" concluded that "[t]he vast majority of studies show an association between red blood cell transfusions and higher rates of complications such as heart attack, stroke, lung injury, infection and kidney failure and death." See www.medicalnewstoday.com/articles/147167.php, "Blood Transfusions And Outcomes", April 23, 2009.

l'intimé a reconnu à juste titre que l'art. 25 *LSEF* violait l'al. 2*a*), sous réserve, naturellement, du moyen de défense fondé sur l'article premier invoqué par le gouvernement.

(2) Liberté et sécurité de la personne

[216] L'article 7 de la *Charte* prévoit :

> **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

« Chacun » inclut A.C.

(3) Droit à la liberté

[217] Le jugement porté en appel concluait qu'A.C. n'était pas libre de refuser une transfusion de sang. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne se limite pas à l'absence de contrainte physique, mais on peut certainement admettre que le traitement médical forcé constitue une atteinte directe à l'intégrité physique du patient. En plus, cela n'est pas sans risques[3]. Quoi qu'il en soit, ce droit entre en jeu lorsque l'État intervient pour interdire (ou imposer) des choix fondamentaux dans la vie d'une personne que « [c]hacun » est par ailleurs libre de faire (ou de refuser de faire). Dans *B. (R.)*, le juge La Forest a fait remarquer à l'égard du droit à la liberté garanti par l'art. 7 que

[3] À la récente conférence internationale de concertation sur la transfusion et les résultats, qui a rassemblé des experts dans les domaines de l'anesthésiologie, des soins intensifs, de l'hématologie, de l'oncologie, de la chirurgie et de la gestion du sang des patients et qui a été suivie de près par la Food and Drug Administration des États-Unis, la Croix-Rouge américaine et la Croix-Rouge australienne, il est ressorti de ce qui a été décrit comme [TRADUCTION] « [u]n examen et une analyse exhaustifs des publications médicales par un groupe d'experts » que [TRADUCTION] « [l]a grande majorité d'études révèlent une association entre les transfusions de globules rouges et les taux plus élevés de complications telles que la crise cardiaque, l'accident vasculaire cérébral, les lésions pulmonaires, l'infection, l'insuffisance rénale et la mort. » Voir www.medicalnewstoday.com/articles/147167.php, « Blood Transfusions And Outcomes », 23 avril 2009.

[i]n a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [para. 80]

To a Jehovah's Witness, nothing is of more "fundamental personal importance" than observance of the teachings of the church.

[218] Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, had earlier grounded the liberty interest in the fundamental concepts of human dignity, personal autonomy, privacy and choice in decisions going to the individual's fundamental being (p. 166). In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, La Forest J. observed that he did "not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea . . . that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please" (para. 66). However, he went on to say, such liberty interests do extend to matters that "can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence" (para. 66). This approach to the liberty interest has since been adopted and applied in other cases including *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 85; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 54; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *B. (R.)*.

[219] The Court has thus long preached the values of individual autonomy. In this case, we are called on to live up to the s. 7 promise in circumstances where we instinctively recoil from the choice made by A.C. because of our belief (religious or otherwise) in the sanctity of life. But it is obvious that anyone who refuses a potentially lifesaving blood transfusion on religious grounds does so out of a deeply personal and fundamental belief about how they wish to live, or cease to live, in obedience to

[d]ans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. [par. 80]

Pour un témoin de Jéhovah, rien n'a plus « d'importance fondamentale pour sa personne » que le respect des enseignements de l'Église.

[218] Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, la juge Wilson avait déjà fondé le droit à la liberté sur les concepts fondamentaux de dignité humaine, d'autonomie personnelle, de vie privée et de liberté de choix dans les décisions d'importance fondamentale pour l'individu (p. 166). Dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, le juge La Forest a fait remarquer qu'il « n'enten[d] pas par là [. . .] que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l'encontre du principe fondamental [. . .] selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît » (par. 66). Cependant, a-t-il ajouté, le droit à la liberté englobe les sujets qui « peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles » (par. 66). Cette interprétation du droit à la liberté a depuis été adoptée et appliquée dans d'autres arrêts, notamment *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 85; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 54; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *B. (R.)*.

[219] Ainsi, la Cour défend depuis longtemps la valeur de l'autonomie. En l'espèce, nous sommes appelés à respecter la promesse formulée à l'art. 7 dans des circonstances où nous avons instinctivement un mouvement de recul devant le choix fait par A.C. en raison de notre conception (religieuse ou autre) du caractère sacré de la vie. Cependant, il est évident que quiconque, pour des motifs religieux, refuse une transfusion de sang pouvant lui sauver la vie le fait à cause d'une croyance profondément

what they interpret to be God's commandment. As such, A.C.'s s. 7 liberty interest is directly engaged.

(4) Security of the Person

[220] The s. 7 reference to "security of the person" affords "[e]veryone" protection from serious assault on his or her physical, psychological or emotional integrity: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Rodriguez*, at pp. 587-88 (*per* Sopinka J.), and at p. 618 (*per* McLachlin J.); *Chaoulli*, at paras. 116 and 122 (*per* McLachlin C.J. and Major J.), and *Blencoe*, at para. 55. An unwanted blood transfusion violates what *Chaoulli* describes as the fundamental value of "bodily integrity free from state interference" (para. 122).

(5) Principles of Fundamental Justice

[221] The more difficult step in the s. 7 analysis generally is to identify the principle of fundamental justice that is said to be breached. In the present case, the principles of fundamental justice at issue are both procedural and substantive.

[222] In terms of substantive justice, the irrebuttable presumption takes away the personal autonomy of A.C. and other "mature minors" *for no valid state purpose*. The purpose of the *CFSA* is to defend the "best interests" of children who cannot look after themselves and who are, therefore "in need of protection". This means, in the present context, children who do not have the capacity (broadly defined) to make their own decisions about medical treatment. But the court order of April 16, 2006 accepted that A.C. *does* have that capacity. At common law, as Abella J. shows, mature minors have the *right* to make such decisions for themselves when their level of maturity warrants it. If the legislative net is cast so widely as to impose a legal disability on a class of people in respect of an assumed developmental deficiency that demonstrably does not exist

personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir, conformément à ce qu'il considère comme étant un commandement de Dieu. Ainsi, le droit à la liberté d'A.C. garanti par l'art. 7 entre directement en jeu.

(4) Sécurité de sa personne

[220] L'expression « sécurité de sa personne » à l'art. 7 offre à « [c]hacun » une protection contre une atteinte grave à son intégrité physique, psychologique ou émotionnelle : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Rodriguez*, p. 587-588 (le juge Sopinka), p. 618 (la juge McLachlin); *Chaoulli*, par. 116 et 122 (la juge en chef McLachlin et le juge Major), et *Blencoe*, par. 55. Une transfusion sanguine forcée viole ce que *Chaoulli* décrit comme étant la valeur fondamentale de « l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État » (par. 122).

(5) Principes de justice fondamentale

[221] De façon générale, l'étape plus difficile de l'analyse fondée sur l'art. 7 consiste à déterminer le principe de justice fondamentale qui aurait été violé. En l'espèce, les principes de justice fondamentale en cause intéressent autant la procédure que le fond.

[222] Pour ce qui est du fond, la présomption irréfutable prive A.C. et les autres « mineurs matures » de leur autonomie personnelle *sans objectif étatique valable*. La *LSEF* vise à défendre « l'intérêt supérieur » des enfants qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes et qui ont donc « besoin de protection », c'est-à-dire, dans le contexte de l'espèce, les enfants qui n'ont pas la capacité (au sens large) de prendre leurs propres décisions en matière de traitement médical. Cependant, l'ordonnance rendue le 16 avril 2006 *reconnaissait* la capacité d'A.C. En common law, comme le montre la juge Abella, les mineurs matures ont le *droit* de prendre de telles décisions par eux-mêmes si leur niveau de maturité le justifie. La loi qui a une visée vaste au point d'imposer une incapacité légale à une catégorie de personnes pour une déficience développementale

in their case, it falls afoul of the "no valid purpose" principle referred to by Sopinka J. in *Rodriguez*, at p. 594:

> Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose.

[223] Arbitrariness is a breach of fundamental justice, and arises where a law "bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]". The *no valid state purpose* principle requires the identification of a public interest said to be advanced by the challenged law. The *no arbitrariness* principle looks at what valid state interests are said to be advanced and examines the relationship (if any) between the state purpose(s) and the impugned measure. The "no arbitrariness" principle was addressed by the Chief Justice and Major J. in *Chaoulli*, at para. 131:

> The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person's liberty and security, the more clear must be the connection.

(See also *Rodriguez*, at pp. 594-95.)

Here, for the reasons already mentioned, the limit (i.e. the irrebuttable presumption) when applied to young persons of capacity has "no real relation" to the legislative goal of protecting children who *lack* such capacity. The deprivation in the case of mature minors (a class to which A.C. belongs) is arbitrary, and the deprivation therefore violates s. 7.

[224] The principles of fundamental justice also include, of course, procedural fairness whose content varies with the context of the case and the interests at stake. In *Morgentaler*, the procedures set out by the legislature to allow women access to legal abortions were held to be deficient because they caused undue delay and were unavailable to many women. In the present case, the procedures in the *CFSA* are deficient because they do not

présumée qui, selon ce qui a été démontré, n'existe pas va à l'encontre du principe de l'absence de fin valable mentionné par le juge Sopinka dans *Rodriguez*, p. 594 :

> Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable.

[223] L'arbitraire constitue une violation de la justice fondamentale et se produit lorsqu'une loi « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif [qu'elle vise] ». Selon le principe de *l'absence d'objectif étatique valable*, il faut dégager un intérêt public que défendrait la loi contestée. Selon le principe de *l'absence d'arbitraire*, il faut déterminer les intérêts étatiques valides qui seraient visés et examiner le lien (le cas échéant) entre l'objectif de l'État et la mesure contestée. La Juge en chef et le juge Major ont traité du principe de « l'absence d'arbitraire » dans *Chaoulli*, par. 131 :

> Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair.

(Voir aussi *Rodriguez*, p. 594-595.)

En l'espèce, pour les motifs déjà mentionnés, la restriction (c.-à-d. la présomption irréfutable) appliquée aux jeunes personnes dotées d'une capacité décisionnelle n'a « aucun lien véritable » avec l'objectif législatif de protéger les enfants qui *n'ont pas* cette capacité. Dans le cas des mineurs matures (catégorie à laquelle A.C. appartient), la restriction est arbitraire et, par conséquent, viole l'art. 7.

[224] Bien entendu, les principes de justice fondamentale comprennent également l'équité procédurale, dont le contenu varie en fonction du contexte de l'affaire et des intérêts en jeu. Dans *Morgentaler*, les procédures prévues par le législateur et visant à permettre aux femmes d'avoir accès à l'avortement légal ont été jugées déficientes parce qu'elles occasionnaient des retards indus et qu'elles étaient hors de portée pour bien des femmes. En

afford a young person the opportunity to rebut the very presumption upon which the court's authority to act in the best interests of the young person rests — the presumption that she is incapable of making that decision for herself. Section 25's failure to leave room (in what is conceded to be an individualized process) for the young person to rebut this presumption violates fundamental procedural fairness. The state can have no valid interest in preventing a young person from challenging the legislative presumption that she lacks the capacity to determine what medical procedures she should undergo. The Director urges administrative concerns such as the lack of time and facilities that a s. 25 hearing may encounter, but those same concerns exist in the cases of young persons 16 and 17 years old, yet the *CFSA* contemplates contested capacity hearings in those cases.

[225] It is perfectly acceptable that the "default position" is to let the judge decide. Indeed the judge should always make the final decision — if there is any doubt, on a balance of probabilities — that the young person is capable. It is perfectly acceptable in an emergency situation where the issue of capacity cannot properly be explored for the judge to proceed to a decision about treatment as quickly as circumstances require. What is unfair, in my view, is for the presumption of incapacity to remain irrebuttable in circumstances where the young person's capacity *can* fairly be determined in a timely way, as it was in this case by the three hospital psychiatrists, whose opinion of A.C.'s capacity was accepted by the judge.

(6) Equality Rights

[226] Steel J.A. concluded:

While the *CFSA* mandates differential treatment based on age, the appellants did not establish that it does so in an arbitrary manner or that it marginalizes or treats children as less worthy on the basis of irrelevant characteristics. The distinction between children

l'espèce, les procédures prévues dans la *LSEF* sont déficientes parce qu'elles ne donnent pas à la jeune personne la possibilité de réfuter la présomption sur laquelle se fonde le pouvoir du tribunal d'agir dans son intérêt supérieur — la présomption qu'elle est incapable de prendre cette décision par elle-même. Le fait que l'art. 25 ne permette pas (dans ce qui est considéré comme un processus individualisé) à la jeune personne de réfuter cette présomption viole le droit fondamental à l'équité procédurale. L'État ne peut avoir d'intérêt valable à empêcher une jeune personne de contester la présomption législative qu'elle est incapable de déterminer quels traitements médicaux elle devrait recevoir. Le Directeur invoque certaines préoccupations administratives comme le manque de temps et de moyens dans le cadre d'une audience prévue à l'art. 25, mais ces préoccupations sont également présentes dans le cas des jeunes de 16 et 17 ans, et pourtant la *LSEF* prévoit la tenue d'audiences portant sur la capacité contestée.

[225] Il est parfaitement acceptable que la « solution par défaut » soit de laisser le juge décider. En effet, en cas de doute, le juge devrait toujours décider en définitive, selon la prépondérance des probabilités, si la jeune personne est capable. Dans une situation d'urgence où la question de la capacité ne peut être examinée comme il se doit, il est tout à fait acceptable que le juge prenne une décision au sujet du traitement aussi rapidement que la situation l'exige. Ce qui est injuste, à mon avis, c'est que la présomption d'incapacité demeure irréfutable dans des circonstances où il est *possible* de déterminer équitablement la capacité de la jeune personne en temps utile, comme en l'espèce où les trois psychiatres de l'hôpital ont évalué la capacité d'A.C. et où le juge a accepté leur opinion.

(6) Droits à l'égalité

[226] La juge Steel a conclu :

[TRADUCTION] Bien que la *LSEF* prévoie une différence de traitement fondée sur l'âge, les appelants n'ont pas établi qu'elle le fait de façon arbitraire ou qu'elle marginalise les enfants ou les considère comme moins dignes d'être reconnus en raison de caractéristiques non

over and under 16 is not an affront to human dignity in the manner contemplated in *Law*. [para. 106]

The "dignity" analysis has subsequently been reorganized by *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, where the majority explained at para. 23 that instead of "dignity" the analysis in a particular case "more usefully focusses on the factors that identify impact amounting to discrimination".

[227] The dispute here does not turn on the differential treatment of children and adults generally, but on the irrebuttable presumption in the *CFSA* that "mature minors" under 16 are to be treated differently than the comparator group, namely, mature minors who are 16 and over. The latter are deemed by the legislature to have the capacity to make decisions about their own medical treatment unless the contrary is shown. The former are denied even the opportunity to demonstrate their capacity in deciding matters that affect their vital physical and psychological interests.

[228] The Attorney General of Manitoba concedes that the *CFSA* imposes differential treatment on the basis of age, but denies that the distinction is discriminatory (factum, at para. 37).

[229] In this respect, the Attorney General of Manitoba relies strongly on the comments of the Chief Justice in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429:

[U]nlike race, religion, or gender, age is not strongly associated with discrimination and arbitrary denial of privilege. This does not mean that examples of age discrimination do not exist. But age-based distinctions are a common and necessary way of ordering our society. [para. 31]

Gosselin, of course, involved a *Charter* challenge to the age-related classification of benefits under Quebec social welfare legislation. It is apparent that in the administration of such benefit programs, certain generalizations must be made about

pertinentes. La distinction entre les enfants de plus de 16 ans et ceux de moins de 16 ans ne constitue pas un affront à la dignité humaine de la façon prévue dans *Law*. [par. 106]

L'analyse relative à « la dignité » a par la suite été réorganisée dans *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, où la majorité a expliqué qu'« il est plus utile d'analyser, dans chaque cas, les facteurs qui permettent de reconnaître l'effet discriminatoire » (par. 23).

[227] En l'espèce, le litige ne porte pas sur la différence de traitement des enfants et des adultes en général, mais sur la présomption irréfutable dans la *LSEF* selon laquelle les « mineurs matures » de moins de 16 ans doivent être traités différemment du groupe de comparaison, à savoir les mineurs matures de 16 ans ou plus. Le législateur présume que ces derniers sont capables de décider de leur traitement médical, sauf preuve du contraire. Les mineurs matures de moins de 16 ans sont même privés de la possibilité de démontrer leur capacité de trancher des questions ayant des répercussions sur leurs intérêts physiques et psychologiques vitaux.

[228] Le procureur général du Manitoba admet que la *LSEF* impose une différence de traitement fondée sur l'âge, mais nie que la distinction soit discriminatoire (mémoire, par. 37).

[229] À cet égard, le procureur général du Manitoba s'inspire fortement des commentaires de la Juge en chef dans *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429 :

[C]ontrairement à la race, à la religion ou au sexe, l'âge n'est pas fortement associé à la discrimination et à la dénégation arbitraire de privilèges. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'existe pas de cas de discrimination fondée sur l'âge. Cependant, les distinctions fondées sur l'âge sont courantes et nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société. [par. 31]

Bien sûr, l'arrêt *Gosselin* portait sur une contestation — fondée sur la *Charte* — de la classification, basée sur l'âge, des avantages prévus par la législation québécoise en matière d'assistance sociale. Il est manifeste que, dans l'administration de ces

the characteristics of people included in the different classifications, otherwise the program may become unworkable. The present context is quite different. A.C. is not seeking a government benefit. She is protesting a state-authorized imposition of a blood transfusion to which she objects on religious grounds. On this point, Professor Hogg observes:

> . . . our laws are replete with provisions in which age is employed as the qualification for pursuits that require skill or judgment. Consider the laws regulating voting, driving, drinking, marrying, contracting, will-making, leaving school, being employed, etc. In regulating these matters, all jurisdictions impose disabilities on young people, employing age as a proxy for ability. Such stereotyping is inevitably inaccurate, because individuals mature at different rates. In principle, the use of age could be eliminated, because each individual could be tested for performance of each function. Age is used as a qualification for no other reason than to avoid or reduce the administrative burden of individualized testing. [Emphasis added.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 668)

As emphasized earlier, the *CFSA requires* individualized assessment.

[230] A.C. compares her position to that of mature minors who are 16 and 17 years old and who are not confronted with an irrebuttable presumption of incapacity. She underlines the significant intrusion in her life (however well-intentioned and medically appropriate) posed by forced medical treatment. Her objection would be the same whether or not the refusal of consent in a particular case is based on religious grounds. Within the class of mature minors, the line drawn at 16 does not correspond with the claimant group's reality as concluded by the Manitoba Law Reform Commission, in its rejection of a "fixed age" cut-off in the report previously mentioned, *Minors' Consent to Health Care*, at pp. 33 and 38.

programmes d'avantages sociaux, il faut généraliser quelque peu les caractéristiques des personnes visées par les différentes classifications, sinon le programme deviendrait impossible à gérer. Le présent contexte est tout à fait différent. A.C. ne cherche pas à obtenir un avantage gouvernemental. Elle conteste l'imposition, autorisée par l'État, d'une transfusion de sang qu'elle refuse pour des motifs religieux. À cet égard, le professeur Hogg note :

> [TRADUCTION] . . . nos lois contiennent de nombreuses dispositions où l'âge est employé comme restriction dans les activités qui exigent compétence ou jugement. Qu'on pense aux lois qui régissent le droit de vote, la conduite automobile, la consommation d'alcool, le mariage, la passation de marchés, la rédaction d'un testament, le décrochage scolaire, le travail, etc. En réglementant ces questions, toutes les administrations imposent des incapacités aux jeunes personnes, utilisant l'âge comme indicateur de capacité. De tels stéréotypes sont inévitablement inexacts parce que chacun atteint la maturité à un rythme différent. En principe, il serait possible de ne plus recourir à l'âge parce que chaque personne pourrait être évaluée selon sa performance pour chaque fonction. L'âge n'est employé comme restriction que pour éviter ou réduire le fardeau administratif que présente l'évaluation individualisée. [Je souligne.]

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, p. 668)

Comme je l'ai déjà souligné, la *LSEF requiert* une évaluation individualisée.

[230] A.C. compare sa situation à celle des mineurs matures de 16 et 17 ans qui ne sont pas confrontés à une présomption irréfutable d'incapacité. Elle souligne l'importante intrusion dans sa vie (si bien intentionnée et médicalement appropriée soit-elle) que constitue un traitement médical forcé. Son objection serait la même si le refus de consentement n'était pas fondé sur des motifs religieux. Dans la catégorie des mineurs matures, la ligne de démarcation que constitue l'âge de 16 ans ne correspond pas à la réalité du groupe demandeur, comme l'a conclu la Commission manitobaine de réforme du droit lorsqu'elle a rejeté la limite d'« âge fixe » dans le rapport susmentionné, *Minors' Consent to Health Care*, p. 33 et 38.

[231] That having been said, I do not think the real *gravamen* of A.C.'s complaint is age discrimination. Her fundamental concern is with the forced treatment of her body in violation of her religious convictions. In the circumstances, I think that rather than pursue a full s. 15(1) analysis, it is preferable to treat the elements of her s. 15 argument as part of A.C.'s response to the government's s. 1 justification to the violations of s. 2(*a*) and s. 7 of the *Charter.*

G. *Is the CFSA Irrebuttable Presumption Justified as a Reasonable Limit in a Free and Democratic Society Under Section 1 of the Charter?*

[232] At the September 7, 2006 hearing before the Manitoba Court of Appeal, counsel for the Attorney General was asked whether she wished to adduce s. 1 evidence. Counsel replied that she "was content to rely on the record as it stood" (C.A. judgment, at para. 37). Accordingly, if there exists some evidence of a state interest in subjecting the medical treatment of minors under 16 to judicial control *irrespective* of their capacity to make these decisions for themselves, it was not put before the Court.

[233] I accept that the care and protection of children is a pressing and substantial legislative objective that is of sufficient importance to justify limiting a *Charter* right. However, the impugned procedure under s. 25 *CFSA* is not rationally connected to that objective. The problem is that the *CFSA* itself acknowledges in s. 25(9) that mature minors who are 16 and over are presumed to be of sufficient capacity to make their own treatment decisions, and it seems to me "arbitrary, unfair or based on irrational considerations" (as those words are used in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139) to deny mature minors under 16 the opportunity of *demonstrating* what in the case of the older mature minors is *presumed* in their favour.

[231] Cela dit, je ne crois pas que le réel *fondement* de la plainte d'A.C. soit la discrimination fondée sur l'âge. Sa préoccupation fondamentale est le traitement forcé contraire à ses convictions religieuses. Dans les circonstances, j'estime qu'au lieu d'effectuer une analyse complète en se basant sur le par. 15(1), il est préférable de traiter les éléments de son argument fondé sur l'art. 15 dans le cadre de sa réponse à la justification gouvernementale basée sur l'article premier quant aux violations de l'al. 2*a*) et de l'art. 7 de la *Charte.*

G. *La présomption irréfutable de la LSEF est-elle justifiée, au regard de l'article premier de la Charte, en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique?*

[232] Lors de l'audience du 7 septembre 2006 devant la Cour d'appel du Manitoba, on a demandé à l'avocate du procureur général si elle voulait produire une preuve fondée sur l'article premier. Elle a répondu qu'elle [TRADUCTION] « s'en tenait au dossier tel qu'il était constitué » (arrêt de la C.A., par. 37). Par conséquent, s'il existe une preuve de l'intérêt de l'État à soumettre le traitement médical des mineurs de moins de 16 ans au contrôle judiciaire *sans égard* à leur capacité de prendre ces décisions par eux-mêmes, elle n'a pas été présentée à la Cour.

[233] Je reconnais que le fait de prendre soin des enfants et leur protection constituent un objectif législatif urgent et réel suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la *Charte.* Toutefois, la procédure contestée qui est visée à l'art. 25 *LSEF* n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. Le problème est que la *LSEF* elle-même reconnaît au par. 25(9) que les mineurs matures d'au moins 16 ans sont présumés être capables de décider par eux-mêmes du traitement, et il me semble que le fait de priver les mineurs matures de moins de 16 ans de la possibilité de *démontrer* ce qui est *présumé* être en la faveur des mineurs matures plus âgés est « arbitrair[e] », « inéquitabl[e] » ou « fond[é] sur des considérations irrationnelles » (au sens où ces termes sont employés dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139).

[234] Certainly the irrebuttable presumption of incapacity does not impair "'as little as possible' the right or freedom in question" (*Oakes*, at p. 139). The Manitoba legislature itself has recognized in other statutes that young persons under 16 may have the requisite capacity to make important decisions about their health and medical treatment. In the *HCDA*, mentioned previously, s. 4(2) provides that "[i]n the absence of evidence to the contrary, it shall be presumed for the purpose of this Act (a) that a person who is 16 years of age or more has the capacity to make health care decisions [rebuttable by the state]; and (b) that a person who is under 16 years of age does not have the capacity to make health care decisions [rebuttable by the person below age 16]." It was under the *HCDA*, of course, that A.C. gave her directive dated January 10, 2006 that she was not to receive a blood transfusion.

[235] The *Mental Health Act*, C.C.S.M. c. M110, also creates a *rebuttable* presumption of incapacity for minors under 16 (s. 2). Although each of these statutes has its own particular focus, the contrasting treatment of mature minors is striking. Its justification is neither self-evident nor supported by s. 1 evidence. It seems obvious that the rebuttable presumption enacted in relation to mature minors under the age of 16 by the *HCDA* and the *Mental Health Act* offers an available legislative solution that both protects the state interest in looking out for those who lack the capacity to look out for themselves and the need to minimally impair the rights of mature minors under 16 years of age who do *not* lack that capacity.

[236] As stated, both the Director and the Attorney General of Manitoba rely on the fact that the *CFSA* is sometimes used in emergency situations where there is neither the time nor the facilities to explore properly the capacity of the mature minor. This is undoubtedly true, and in such cases the young person under 16 may not have the time or the opportunity to rebut the "default" position of incapacity, and will have a s. 25 order made in what the judge considers to be their best interests. The point here is that s. 25 procedure is not limited

[234] À coup sûr, la présomption irréfutable d'incapacité ne porte pas « "le moins possible" atteinte au droit ou à la liberté en question » (*Oakes*, p. 139). La législature du Manitoba a reconnu dans d'autres lois que les jeunes de moins de 16 ans peuvent avoir la capacité requise pour prendre des décisions importantes concernant leur santé et leur traitement médical. Dans la *LDSS*, mentionnée précédemment, le par. 4(2) prévoit : « Pour l'application de la présente loi, il est présumé, sauf preuve du contraire a) que les personnes qui ont au moins 16 ans ont la capacité de prendre des décisions [présomption réfutable par l'État]; b) que les personnes qui ont moins de 16 ans n'ont pas la capacité de prendre des décisions [présomption réfutable par les personnes de moins de 16 ans]. » Bien sûr, c'est en vertu de la *LDSS* qu'A.C. a remis sa directive datée du 10 janvier 2006 portant qu'elle ne devait pas recevoir de transfusion de sang.

[235] La *Loi sur la santé mentale*, C.P.L.M. ch. M110, crée aussi une présomption *réfutable* d'incapacité pour les mineurs de moins de 16 ans (art. 2). Bien que chacune de ces lois ait son propre objectif, le traitement différent qui y est réservé aux mineurs matures est frappant. Sa justification est ni évidente ni étayée par une preuve fondée sur l'article premier. Il est manifeste que la présomption réfutable créée relativement aux mineurs matures de moins de 16 ans par la *LDSS* et la *Loi sur la santé mentale* offre une solution législative qui protège à la fois l'intérêt de l'État à veiller sur ceux qui n'ont pas la capacité de prendre soin d'eux-mêmes et la nécessité de porter atteinte le moins possible aux droits des mineurs matures de moins de 16 ans qui *ont* cette capacité.

[236] Comme je l'ai déjà dit, le Directeur et le procureur général du Manitoba se sont fondés sur le fait que la *LSEF* est parfois utilisée dans des situations d'urgence où il n'y a ni temps ni moyen d'examiner comme il se doit la capacité du mineur mature. Cela ne fait aucun doute, et dans de telles situations la jeune personne de moins de 16 ans risque de ne pas avoir le temps ou la possibilité de réfuter la « solution par défaut » que représente l'incapacité et fera l'objet d'une ordonnance rendue en vertu de l'art. 25 selon ce que le juge considère être

to emergency situations, and reference to factors peculiar to an emergency cannot save the section as it stands.

[237] Finally, the irrebuttable presumption has a disproportionately severe effect on the rights of mature minors under 16 because they do not suffer from the lack of capacity or maturity that characterizes other minors. The state's interest in ensuring judicial control over the medical treatment of "immature" minors is not advanced by overriding the *Charter* rights of "mature" minors under 16 who are in no such need of judicial control. Nor has the respondent shown that the irrebuttable presumption in the *CFSA* produces "proportionality between the deleterious and the salutary effects" (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 889 (emphasis deleted)). Indeed based on what I have already said, I believe A.C. has demonstrated that the deleterious effects are dominant.

VI. Conclusion

[238] Accordingly, I would allow the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 25(8) and 25(9) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, infringe s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Do ss. 25(8) and 25(9) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-96, c. 8, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

dans son intérêt. Il faut comprendre ici que la procédure établie à l'art. 25 ne se limite pas aux situations d'urgence, et la mention de facteurs propres à une situation d'urgence ne saurait justifier l'article tel qu'il est formulé.

[237] Enfin, la présomption irréfutable a un effet d'une gravité disproportionnée sur les droits des mineurs matures de moins de 16 ans parce que, contrairement aux autres mineurs, ils ont la capacité et la maturité requises. L'intérêt qu'a l'État à assurer le contrôle judiciaire du traitement médical des mineurs « immatures » n'est pas renforcé par la violation des droits garantis par la *Charte* aux mineurs matures de moins de 16 ans qui n'ont pas besoin de ce contrôle judiciaire. L'intimé n'a pas prouvé non plus que la présomption irréfutable prévue dans la *LSEF* crée une « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 889 (soulignement omis)). En fait, compte tenu ce que j'ai déjà dit, j'estime qu'A.C. a démontré que les effets préjudiciables l'emportent.

VI. Conclusion

[238] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. Les paragraphes 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, contreviennent-ils à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. Les paragraphes 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, contreviennent-ils à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 25(8) and 25(9) of *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Not necessary to answer.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Not necessary to answer.

[239] The appellants should have their costs in this Court and in the courts below.

APPENDIX

Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80

Sections 25(8) and 25(9), the two provisions being challenged in this case:

25(8) Subject to subsection (9), upon completion of a hearing, the court may authorize a medical examination or any medical or dental treatment that the court considers to be in the best interests of the child.

25(9) The court shall not make an order under subsection (8) with respect to a child who is 16 years of age or older without the child's consent unless the court is satisfied that the child is unable

(a) to understand the information that is relevant to making a decision to consent or not consent to the medical examination or the medical or dental treatment; or

(b) to appreciate the reasonably foreseeable consequences of making a decision to consent or not

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les paragraphes 25(8) et (9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, contreviennent-ils à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

[239] Les appelants ont droit aux dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

ANNEXE

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80

Paragraphes 25(8) et (9), les deux dispositions contestées en l'espèce :

25(8) Sous réserve du paragraphe (9), la Cour peut, à la fin de l'audience, autoriser les examens médicaux, les traitements médicaux ou les traitements dentaires qu'elle juge être dans l'intérêt de l'enfant.

25(9) La Cour ne peut rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (8) sans le consentement de l'enfant qui a au moins 16 ans, sauf si elle est convaincue qu'il ne peut :

a) comprendre les renseignements qui lui permettraient d'accorder ou de refuser son consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire;

b) évaluer les conséquences normalement prévisibles qu'entraînerait son consentement ou son refus

consent to the medical examination or the medical or dental treatment.

Section 2(1):

2(1) The best interests of the child shall be the paramount consideration of the director, an authority, the children's advocate, an agency and a court in all proceedings under this Act affecting a child, other than proceedings to determine whether a child is in need of protection, and in determining the best interests of the child all relevant matters shall be considered, including

(a) the child's opportunity to have a parent-child relationship as a wanted and needed member within a family structure;

(b) the mental, emotional, physical and educational needs of the child and the appropriate care or treatment, or both, to meet such needs;

(c) the child's mental, emotional and physical stage of development;

(d) the child's sense of continuity and need for permanency with the least possible disruption;

(e) the merits and the risks of any plan proposed by the agency that would be caring for the child compared with the merits and the risks of the child returning to or remaining within the family;

(f) the views and preferences of the child where they can reasonably be ascertained;

(g) the effect upon the child of any delay in the final disposition of the proceedings; and

(h) the child's cultural, linguistic, racial and religious heritage.

Appeal dismissed, BINNIE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant A.C. (child): Ludkiewicz, Bortoluzzi, Winnipeg.

Solicitors for the appellants A.C. and A.C. (parents) : W. Glen How & Associates, Georgetown.

Solicitors for the respondent: Tapper Cuddy, Winnipeg.

de consentement à l'examen médical, au traitement médical ou au traitement dentaire.

Paragraphe 2(1) :

2(1) Dans toute démarche qui est entreprise en vertu de la présente loi et qui touche aux droits d'un enfant, à l'exception d'une instance instituée afin de déterminer si un enfant a besoin de protection, le Directeur, les régies, le protecteur des enfants, les offices et les tribunaux doivent adopter l'intérêt supérieur de l'enfant comme critère de décision le plus important. Ils déterminent cet intérêt supérieur eu égard à toutes les questions pertinentes, notamment :

a) la possibilité pour l'enfant de vivre une relation parent-enfant dans laquelle il sent qu'il est un membre désiré et nécessaire au sein de la cellule familiale;

b) les besoins intellectuels, affectifs, physiques et éducatifs de l'enfant et les soins et les traitements appropriés afin de répondre à ces besoins;

c) le stade d'évolution intellectuelle, affective et physique de l'enfant;

d) l'obligation de porter le moins possible atteinte au sens de continuité de l'enfant et de répondre le plus possible à son besoin de stabilité;

e) les aspects positifs et négatifs de tout programme que soumet l'office qui fournirait des soins à l'enfant comparés aux aspects positifs et négatifs de la possibilité de rendre ou de laisser l'enfant à sa famille;

f) les opinions et les préférences de l'enfant, lorsqu'elles peuvent être raisonnablement déterminées;

g) les conséquences, par rapport à l'enfant, de tout délai à l'égard d'un règlement définitif d'une instance; et

h) le patrimoine culturel, linguistique, racial et religieux de l'enfant.

Pourvoi rejeté, le juge BINNIE *est dissident.*

Procureurs de l'appelante A.C. (enfant) : Ludkiewicz, Bortoluzzi, Winnipeg.

Procureurs des appelants A.C. et A.C. (parents) : W. Glen How & Associates, Georgetown.

Procureurs de l'intimé : Tapper Cuddy, Winnipeg.

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

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

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

Solicitor for the intervener Justice for Children and Youth: Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenante Justice for Children and Youth : Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2009 Vol. 2

Cited as [2009] 2 S.C.R. 295-566

2e cahier, 2009 Vol. 2

Renvoi [2009] 2 R.C.S. 295-566

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
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

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	ROSALIE TO-THANH-HIEN
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 DELORME	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2009.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

CONTENTS

Greater Vancouver Transportation Authority *v.* Canadian Federation of Students — British Columbia Component **295**

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Actions brought alleging that transit authorities' policies violated freedom of expression — Whether entities which operate public transit systems "government" within meaning of s. 32 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertisements on buses — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Whether advertising policies infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies infringing freedom of expression —Whether policies are "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies unjustifiably infringing freedom of expression — Declaration that policies are of "no force or effect" sought — Whether declaration ought to be based on s. 52 of Constitution Act, 1982 or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether policies are "law" within meaning of s. 52 of Constitution Act, 1982.

R. *v.* Grant **353**

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Encounter between accused and police going from general neighbourhood policing to situation where police effectively took control over accused and attempted to elicit incriminating information — Whether police conduct would cause a reasonable person in accused's position to conclude that he or she was not free to go and had to comply with police demand — Whether accused arbitrarily detained — Whether accused's right to counsel infringed — Meaning of "detention" in ss. 9 and 10 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Firearm discovered as result of accused's statements taken in breach of his right against arbitrary detention and right to counsel — Firearm admitted into evidence at trial and accused convicted of five firearms offences — Whether admission of firearm bringing

Continued on next page

SOMMAIRE

Greater Vancouver Transportation Authority *c.* Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique **295**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Actions alléguant que les politiques portent atteinte à la liberté d'expression — Les entités qui exploitent des réseaux de transport en commun font-elles partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité sur les autobus — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Les politiques violent-elles le droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant atteinte à la liberté d'expression — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant indûment atteinte à la liberté d'expression — Demande d'un jugement déclarant les politiques inopérantes — Le jugement déclaratoire doit-il se fonder sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982?

R. *c.* Grant **353**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Contact entre l'accusé et les policiers relevant de services de police communautaire devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers — La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à la sommation de la police? — L'accusé a-t-il été détenu

Suite à la page suivante

administration of justice into disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Firearms — Possession of firearm for purposes of weapons trafficking — Whether simple movement of firearm from one place to another without changing hands amounts to weapons trafficking — Meaning of "transfer" of weapon for purposes of ss. 84, 99 and 100 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. *v.* Harrison **494**

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Police officer stopping and searching accused's rental vehicle — Cocaine found and accused charged with trafficking — Trial judge finding breaches of accused's constitutional rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure, but concluding that evidence should not be excluded — Accused convicted — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. *v.* Layton **540**

Criminal law — Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Question from jury — Charge on reasonable doubt using Lifchus model — Jury asking trial judge for further directions on reasonable doubt — Trial judge repeating in recharge reasonable doubt instructions given in main charge — Whether trial judge erred in repeating same instructions.

R. *v.* Shepherd **527**

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Breath sample demand — Impaired driving and driving "over 80" — Reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused precondition to lawful search and seizure — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3).

Criminal law — Impaired driving and driving "over 80" — Breath sample demand — Reasonable and probable grounds — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused — Whether issue of reasonable and probable grounds involved question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).

Continued on next page

arbitrairement? — A-t-il été porté atteinte au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Sens du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Arme à feu découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de ses droits de ne pas être détenu arbitrairement et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Arme à feu utilisée en preuve au procès et accusé déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu — L'utilisation de l'arme à feu est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être exclus — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic — Le simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre sans qu'elle change de mains équivaut-il à du trafic d'armes? — Sens du mot « cession » d'une arme à feu pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. *c.* Harrison **494**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Un policier a arrêté et fouillé le véhicule loué de l'accusé — De la cocaïne a été trouvée et l'accusé a été inculpé de trafic — Le juge du procès a conclu à des violations des droits constitutionnels de l'accusé le protégeant contre la détention arbitraire et contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, mais il a jugé que les éléments de preuve ne devaient pas être écartés — L'accusé a été déclaré coupable — L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé permettant de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être écartés — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. *c.* Layton **540**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Question du jury — Exposé sur le doute raisonnable fait au moyen du modèle proposé dans Lifchus — Demande de directives supplémentaires concernant le doute raisonnable présentée par le jury à la juge du procès — Reprise par la juge du procès des directives déjà données à cet égard dans l'exposé principal — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en répétant les mêmes directives?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. *v.* Suberu **460**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Investigative detention — Preliminary questioning by police to determine if individual involved in criminal act — Police informing individual of right to counsel upon arrest — Whether individual detained from outset of interaction with police — Whether police must immediately inform individual of right to counsel as soon as detention arises — Whether individual right to counsel violated — Meaning of "detention" and "without delay" in s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Right to counsel — Investigative detention — Whether general suspension of right to counsel during course of short investigative detentions necessary and justified under s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* Shepherd **527**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles et perquisitions — Demande d'un échantillon d'haleine — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie supérieure à « 0,08 » — L'existence de motifs raisonnables et probables avant de demander un échantillon d'haleine à l'accusé est une condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3).

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie dépassant « 0,08 » — Demande d'un échantillon d'haleine — Motifs raisonnables et probables — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — La question des motifs raisonnables et probables constitue-t-elle une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254(3).

R. *c.* Suberu **460**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — Questions préliminaires posées par un policier afin de déterminer si un individu avait participé à une infraction criminelle — Policier ayant informé l'individu de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation — L'individu a-t-il été mis en détention dès le début de son interaction avec la police? — Les policiers doivent-ils informer immédiatement un individu de son droit à l'assistance d'un avocat, dès la mise en détention? — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? — Sens des mots « détention » et « sans délai » figurant à l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prescrites par une règle de droit — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — La suspension générale du droit à l'assistance d'un avocat pendant une courte détention aux fins d'enquête est-elle nécessaire et justifiée au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Greater Vancouver Transportation Authority *Appellant*

v.

Canadian Federation of Students — British Columbia Component and British Columbia Teachers' Federation *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Adbusters Media Foundation and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

- and -

British Columbia Transit *Appellant*

v.

Canadian Federation of Students — British Columbia Component and British Columbia Teachers' Federation *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Adbusters Media Foundation and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY *v.* CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT

Neutral citation: 2009 SCC 31.

File No.: 31845.

2008: March 25; 2009: July 10.

Greater Vancouver Transportation Authority *Appelante*

c.

Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique et British Columbia Teachers' Federation *Intimées*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, Adbusters Media Foundation et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

- et -

British Columbia Transit *Appelante*

c.

Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique et British Columbia Teachers' Federation *Intimées*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, Adbusters Media Foundation et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY *c.* FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2009 CSC 31.

N° du greffe : 31845.

2008 : 25 mars; 2009 : 10 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Actions brought alleging that transit authorities' policies violated freedom of expression — Whether entities which operate public transit systems "government" within meaning of s. 32 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertisements on buses — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Whether advertising policies infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies infringing freedom of expression —Whether policies are "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies unjustifiably infringing freedom of expression — Declaration that policies are of "no force or effect" sought — Whether declaration ought to be based on s. 52 of Constitution Act, 1982 or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether policies are "law" within meaning of s. 52 of Constitution Act, 1982.

The appellant transit authorities, the Greater Vancouver Transportation Authority ("TransLink") and British Columbia Transit ("BC Transit"), operate

* Bastarache J. took no part in the judgment.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Actions alléguant que les politiques portent atteinte à la liberté d'expression — Les entités qui exploitent des réseaux de transport en commun font-elles partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité sur les autobus — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Les politiques violent-elles le droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant atteinte à la liberté d'expression — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant indûment atteinte à la liberté d'expression — Demande d'un jugement déclarant les politiques inopérantes — Le jugement déclaratoire doit-il se fonder sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982?

Les commissions de transport appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent

* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

public transportation systems in British Columbia. They refused to post the respondents' political advertisements on the sides of their buses on the basis that their advertising policies permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. The respondents commenced an action alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge dismissed the action, finding that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. The majority of the Court of Appeal reversed the trial judgment and declared articles 7 and 9 of the advertising policies to be of no force or effect either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on the basis of s. 24(1) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. BC Transit is a statutory body designated by legislation as an "agent of the government" and it cannot operate autonomously from the provincial government, since the latter has the power, by means of regulations, to exercise substantial control over its day-to-day activities. Although TransLink is not an agent of the government, it is substantially controlled by a local government entity — the Greater Vancouver Regional District — and is therefore itself a government entity. Since the transit authorities are government entities, the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. [14] [17] [21] [24-25]

The s. 2(*b*) claim should not be resolved using the *Baier* framework. The transit authorities' policies do not prevent the respondents from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. Nor can it be characterized as a positive right claim. The respondents are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded. They seek the freedom to express themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state

des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. Elles ont refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Dans l'action qu'elles ont intentée, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport portaient atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé et il a rejeté l'action. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé le jugement et déclaré inopérants les articles 7 et 9 des politiques publicitaires sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit du par. 24(1) de la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Créature législative, BC Transit est désignée « mandataire du gouvernement » et ne peut fonctionner indépendamment du gouvernement provincial car ce dernier peut, par l'adoption de règlements, exercer un grand pouvoir sur ses activités quotidiennes. TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement, mais elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le district régional de Vancouver —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. [14] [17] [21] [24-25]

Il n'y a pas lieu de statuer sur l'allégation fondée sur l'al. 2*b*) en appliquant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Baier*. Les politiques des commissions de transport n'empêchent pas les intimées de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer qu'elles allèguent le caractère trop restreint de la tribune, non plus qu'elles revendiquent un droit positif. Les intimées ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé. Elles réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante

interference with the content of their expression. [26] [32] [35]

In order to determine whether the expression should be denied s. 2(*b*) protection on the basis of location, the *City of Montréal* framework should be applied. This inquiry leads to the conclusion that the transit authorities' policies infringe the respondents' freedom of expression. The proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(*b*), and the location of this expression — the sides of buses — does not remove that protection. Not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression. The space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(*b*). The side of a bus is therefore a location where expressive activity is protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. Finally, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. [36-38] [42] [46]

The limits resulting from the policies are "limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is "prescribed by law". Here, a review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink. Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for "rules" laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word "law" for the purposes of s. 1 and satisfy the "prescribed by law" requirement as the transit

qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. [26] [32] [35]

Pour déterminer si la protection de l'al. 2*b*) doit être refusée à l'expression en raison du lieu, il convient d'appliquer le cadre d'analyse de l'arrêt *Ville de Montréal*. La démarche mène à la conclusion que les politiques des commissions de transport portent atteinte à la liberté d'expression des intimées. Le contenu expressif des publicités projetées justifie leur protection *prima facie* par l'al. 2*b*), et le lieu d'expression — les côtés des autobus — n'a pas pour effet d'écarter cette protection. Il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Le lieu permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et pourrait en fait promouvoir les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie donc de la protection prévue à cet alinéa. Enfin, l'objet même des politiques contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en écartant le discours politique. [36-38] [42] [46]

Les restrictions découlant des politiques sont apportées « par une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative constituant une « règle de droit ». En l'espèce, il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink. Il paraît simplement logique que le législateur qui autorise l'adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu'elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d'interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu'elles fixent des normes qui s'appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit »

authorities' advertising policies are both accessible and worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. [65] [67] [71-73]

The limits resulting from the policies are not justified under s. 1 of the *Charter*. The policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are not rationally connected to the objective. It is difficult to see how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. Moreover, the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents' interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter*. The policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression. Advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(*b*) protection. To the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter*. [76-77] [80]

With respect to remedy, the transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. Since ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*, the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and not s. 24(1) of the *Charter*. As the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, they are therefore declared

au sens de l'article premier et elles satisfont à l'exigence de la restriction « par une règle de droit » en ce qu'elles sont à la fois accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. [65] [67] [71-73]

Les restrictions découlant des politiques ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Les politiques ont été adoptées dans le but d'offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Toutefois, l'exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. On conçoit mal que la présence d'un message politique sur le côté d'un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. En outre, le moyen choisi pour réaliser l'objectif n'est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d'exercer leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* en diffusant leurs messages. Une forme d'expression à laquelle est attaché un grand prix est totalement exclue d'un espace public qui constitue un important lieu d'expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. On recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2*b*). Dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. [76-77] [80]

Au chapitre de la réparation, les politiques des commissions de transport constituent clairement des « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. Étant donné que l'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui sous-tend la suprématie de la *Charte*, la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par.

of no force or effect to the extent of their inconsistency. [89-90]

Per Fish J.: There is agreement that the transit authorities are subject to the *Charter*, that their advertising policies infringe s. 2(*b*) of the *Charter*, that this infringement cannot be justified under s. 1, and that the respondents are entitled to a declaration that the policies are of no force or effect. But there is disagreement with the analytical framework adopted in circumscribing freedom of expression under s. 2(*b*). [93] [100] [137]

Freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is subject to internal limits which allow government to curtail expressive activity that is inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(*b*), and it is subject as well to "external" limitation in virtue of s. 1 of the *Charter*. Two recognized internal limits are relied on by the transit authorities: the significant burden exception and the manifest incompatibility exception. Under the first, expressive activity will not normally be protected where it imposes on the government a significant burden of assistance, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. Government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. Second, expressive activity will also fall outside the protected zone of s. 2(*b*) where it is manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided. Freedom of expression is also subject to an external limitation: even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(*b*), it may be validly curtailed in virtue of s. 1 of the *Charter* pursuant "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". [95-98] [103] [105] [130-131]

24(1) de la *Charte*. Comme les politiques publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elles peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité. [89-90]

Le juge Fish : Certes les commissions de transport sont assujetties à la *Charte*, leurs politiques publicitaires portent atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*, l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier et les intimées ont droit à un jugement déclarant les politiques inopérantes, mais il convient d'appliquer un cadre d'analyse différent pour circonscrire la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*). [93] [100] [137]

Au Canada, la liberté d'expression jouit d'une protection constitutionnelle étendue, mais non illimitée. Elle fait l'objet de limitations internes qui permettent à l'État de restreindre l'activité expressive qui est intrinsèquement incompatible avec l'objet et la raison d'être de l'al. 2*b*), ainsi que d'une limitation « externe » découlant de l'article premier de la *Charte*. Les commissions de transport invoquent deux limitations internes reconnues : l'exception de l'obligation substantielle et celle de l'incompatibilité manifeste. Suivant la première exception, l'activité expressive n'est habituellement pas protégée lorsqu'elle impose à l'État une obligation d'aide substantielle, qu'il s'agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d'ordre législatif, réglementaire ou administratif. Des dépenses et des mesures gouvernementales peuvent être entreprises d'innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l'appui de l'État. Suivant la deuxième exception, la protection de l'al. 2*b*) ne sera refusée à l'activité expressive que lorsque celle-ci sera manifestement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en cause. L'État ne devrait pas être strictement tenu d'apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu'elle vise un type d'expression qui est si clairement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace offert. La liberté d'expression fait aussi l'objet d'une limitation externe : même lorsqu'elle bénéficie de la protection prévue à l'al. 2*b*), l'activité expressive peut, suivant l'article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». [95-98] [103] [105] [130-131]

Neither the significant burden nor the manifest incompatibility exception to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(*b*) applies in this case. The respondents' request would not impose a significant burden on the transit authorities. Little change is needed to remove the infringing restrictions and the steps that would have to be taken require no meaningful expenditure of funds and no new operating initiatives of significance. They involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as "burdensome". Also, advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone manifestly incompatible — with a commercial and public service advertising facility. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the transit authorities cannot, without infringing s. 2(*b*) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law. There is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. [97] [116-117] [121] [123]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **distinguished:** *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; **referred to:** *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*,

Ni l'exception de l'obligation substantielle ni celle de l'incompatibilité manifeste à la règle générale de la protection étendue que consacre l'al. 2*b*) ne s'appliquent en l'espèce. Faire droit à la demande des intimées n'imposerait pas une obligation substantielle aux commissions de transport. Peu de changements sont nécessaires pour supprimer les restrictions attentatoires, et les mesures requises n'exigent pas de dépenses importantes ni de grands changements sur le plan de l'exploitation. Ces mesures n'impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d'expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ». Aussi, la publicité renfermant un message politique n'est pas incompatible — et encore moins manifestement incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l'expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d'expression par ailleurs légale. Il n'y a pas de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. [97] [116-117] [121] [123]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **distinction d'avec l'arrêt :** *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; **arrêts mentionnés :** *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613;

[1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96.

By Fish J.

Referred to: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Transit Act, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5), 3(1)(c), 4(1), (4)(e), 32(2).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 15, 24(1), 32.

Constitution Act, 1982, s. 52.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.02.

Greater Vancouver Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, c. 30, ss. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 2, 5 "local government", 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).

South Coast British Columbia Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, c. 30.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

Lois et règlements cités

British Columbia Transit Act, R.S.B.C. 1996, ch. 38, art. 2(5), 3(1)c), 4(1), (4)e), 32(2).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 15, 24(1), 32.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.02.

Greater Vancouver Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, ch. 30, art. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 2, 5 « local government », 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

South Coast British Columbia Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, ch. 30.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada.* Toronto: Carswell, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Lowry JJ.A.), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, reversing a decision of Halfyard J., 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Appeal dismissed.

David F. Sutherland and *Clark Roberts*, for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority.

George K. Macintosh, *Q.C.*, and *Timothy Dickson*, for the appellant the British Columbia Transit.

Mark G. Underhill and *Catherine J. Boies Parker*, for the respondents.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Neena Sharma and *Jennifer J. Stewart*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Ryan D. W. Dalziel and *Audrey Boctor*, for the intervener the Adbusters Media Foundation.

Chris W. Sanderson, *Q.C.*, and *Chelsea D. Wilson*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Can government entities, in managing their property, disregard the right of individuals to political expression in public places? The appellant transit authorities answered this question in the affirmative and refused to post the respondents' political advertisements on the sides of buses on the basis that their advertising policies

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada.* Toronto : Carswell, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Lowry), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, qui a infirmé une décision du juge Halfyard, 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Pourvoi rejeté.

David F. Sutherland et *Clark Roberts*, pour l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority.

George K. Macintosh, *c.r.*, et *Timothy Dickson*, pour l'appelante British Columbia Transit.

Mark G. Underhill et *Catherine J. Boies Parker*, pour les intimées.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Neena Sharma et *Jennifer J. Stewart*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ryan D. W. Dalziel et *Audrey Boctor*, pour l'intervenante Adbusters Media Foundation.

Chris W. Sanderson, *c.r.*, et *Chelsea D. Wilson*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

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

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Un organisme public peut-il gérer ses biens sans égard au droit des particuliers à l'expression politique dans un espace ou un endroit public? Les commissions de transport appelantes ont estimé qu'elles le pouvaient. Elles ont donc refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs

permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. This appeal raises the issues of whether those policies must comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they violate the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression and whether such a breach can give rise to a declaration that the policies are invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

1. Facts and Judicial History

[2] The appellants, the Greater Vancouver Transportation Authority ("TransLink") and British Columbia Transit ("BC Transit"), are corporations that operate public transportation systems in British Columbia. TransLink is responsible for running the transit system in the area under the jurisdiction of the Greater Vancouver Regional District ("GVRD"), whereas BC Transit operates in British Columbia communities outside the GVRD. For years, the appellants (the "transit authorities") have earned revenue by posting advertisements on their buses.

[3] In the summer and fall of 2004, the respondents, the Canadian Federation of Students — British Columbia Component ("CFS") and the British Columbia Teachers' Federation ("BCTF"), attempted to purchase advertising space on the sides of buses operated by the transit authorities. The CFS, a society which represents thousands of college and university students in B.C., sought to encourage more young people to vote in a provincial election scheduled for May 17, 2005 by posting, on buses, advertisements about the election. The first advertisement, which was to run the length of the bus, would have depicted a silhouette of a crowd at a concert with the following text:

Register now. Learn the issues. Vote May 17, 2005.
ROCKTHEVOTEBC.com

The second advertisement was a "banner ad" placed along the top of the bus which would have read in one long line as follows:

autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si ces politiques doivent respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affirmative, la Cour doit déterminer si les politiques portent atteinte à la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et, le cas échéant, s'il y a lieu de les invalider en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1. Faits et historique des procédures judiciaires

[2] Les sociétés appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. TransLink gère le réseau de transport dans le territoire qui relève du district régional de Vancouver (« DRV »), et BC Transit exerce ses activités ailleurs en Colombie-Britannique. Depuis des années, les appelantes (les « commissions de transport ») tirent des revenus de l'affichage d'annonces dans l'espace publicitaire de leurs autobus.

[3] À l'été et à l'automne 2004, les intimées, la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique (« FCEE ») et la British Columbia Teachers' Federation (« BCTF »), ont tenté de louer l'espace publicitaire sur les côtés des autobus des commissions de transport. Représentant des milliers d'étudiants des niveaux collégial et universitaire en Colombie-Britannique, la FCEE voulait, au moyen de messages publicitaires affichés sur les autobus, inciter les jeunes à voter aux élections provinciales du 17 mai 2005. Dans la première publicité devant occuper toute la longueur de l'autobus, la silhouette d'une foule assistant à un concert était accompagnée du texte suivant :

[TRADUCTION] Inscrivez-vous maintenant. Renseignez-vous sur les enjeux. Votez le 17 mai 2005.
ROCKTHEVOTEBC.com

La deuxième publicité — une bande censée occuper la partie supérieure de l'autobus — comportait le texte suivant sur une seule et même ligne :

Tuition fees ROCKTHEVOTEBC.com Minimum wage ROCKTHEVOTEBC.com Environment ROCKTHEVOTE BC.com

The BCTF, a society and trade union which is the exclusive bargaining agent for more than 40,000 public school teachers in B.C., sought to voice its concern about changes in the public education system by posting the following message:

2,500 fewer teachers, 114 schools closed.
Your kids. Our students. Worth speaking out for.

[4] The transit authorities refused to post the respondents' advertisements on the basis that such advertisements were not permitted by their advertising policies. The transit authorities had adopted essentially identical advertising policies, which included the following provisions:

POLICY:

. . .

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

. . .

Standards and Limitations

. . .

7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

. . .

9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

[TRADUCTION] Frais de scolarité ROCKTHEVOTE BC.com Salaire minimum ROCKTHEVOTEBC.com Environnement ROCKTHEVOTEBC.com

Pour sa part, la BCTF, organisation syndicale et unique agent de négociation de plus de 40 000 enseignants de la Colombie-Britannique, voulait faire connaître son inquiétude au sujet de changements survenus dans le système d'éducation public. Son message était le suivant :

[TRADUCTION] 2 500 enseignants en moins. 114 écoles fermées.
Vos enfants. Nos élèves. Ça vaut la peine de se faire entendre.

[4] Les commissions de transport ont refusé les messages des intimées au motif que leur diffusion était contraire à leurs politiques publicitaires. Chacune de ces politiques essentiellement identiques comportait les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

. . .

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

. . .

Conditions et restrictions

. . .

7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

. . .

9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

[5] The respondents commenced the present action, alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. The respondents restricted their claim for relief to a declaration, "pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that [articles] 2, 7 and 9 of the advertising policies are unconstitutional and of no force and effect".

[6] Halfyard J. of the British Columbia Supreme Court dismissed the action (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). He determined that both BC Transit and TransLink were subject to the *Charter* since they were "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. However, he concluded, on the basis of the factors set out in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"), and in *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. In his view, since there was no history of permitting political or advocacy advertising on the sides of buses, the location was not a "public place".

[7] Halfyard J. went on to state that, had he found that the transit authorities' policies infringed the respondents' freedom of expression, he would have concluded that the total ban on political and other advocacy advertising was not a reasonably minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects. Nevertheless, he would have found that the advertising policies failed the s. 1 test on the basis that the limits they imposed were not limits prescribed by law.

[8] The British Columbia Court of Appeal reversed the trial judgment (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). On the question of freedom of expression, Prowse J.A., writing for the majority, concluded that the trial judge had erred in finding that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' right to freedom of expression. In her view, Halfyard J. had

[5] Dans l'action à l'origine du présent pourvoi, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport avaient porté atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles n'ont demandé, à titre de réparation, qu'un jugement [TRADUCTION] « fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclarant inconstitutionnels et inopérants les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires ».

[6] Le juge Halfyard de la Cour suprême de la Colombie-Britannique les a déboutées (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). Il a statué que BC Transit et TransLink étaient assujetties à la *Charte* puisqu'elles faisaient partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*, mais que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé au regard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »), et dans la décision *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974). À son avis, le côté d'un autobus ne constituait pas un « espace public » parce que la publicité politique ou partisane n'y avait jamais été autorisée.

[7] Le juge Halfyard a ajouté que si les politiques des commissions de transport avaient violé le droit à la liberté d'expression des intimées, l'interdiction totale de la publicité politique ou partisane n'aurait pas constitué une atteinte raisonnablement minimale à la liberté d'expression, et les avantages allégués de la limitation de la publicité ne l'auraient pas emporté sur ses effets préjudiciables. Il aurait en outre conclu que les politiques publicitaires ne résistaient pas à l'analyse fondée sur l'article premier puisque, selon lui, les restrictions qu'elles prévoyaient n'étaient pas apportées par une règle de droit.

[8] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement de première instance (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). Au sujet de la liberté d'expression, la juge Prowse a estimé au nom des juges majoritaires que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les politiques publicitaires des commissions de transport ne violaient pas le droit à la liberté d'expression

erred, in applying *City of Montréal*, in considering the content of the advertisement and had mistakenly elevated the historical use of the sides of buses from a potential indicator that a place is a "public place" to an actual prerequisite for finding that it is. According to Prowse J.A., BC Transit and TransLink had a history of permitting advertising on their buses, and expression in this location could not therefore be viewed as inimical to the function of the buses as vehicles for public transportation.

[9] Regarding s. 1 of the *Charter*, Prowse J.A. declined to embark on her own analysis of whether the transit authorities' policies were "law" within the meaning of s. 1, and she neither accepted nor rejected the trial judge's finding on the issue. She felt that it was inappropriate to engage in this discussion given that the parties' submissions on s. 1 were insufficient. On a similar basis, she chose not to rule definitively on the issues of remedy, merely stating that if the policies were "law" within the meaning of s. 1, she could make an order under s. 52, and if they were not "law", she also had jurisdiction under s. 24(1) to make a similar order. Thus, she declared, without identifying the remedial provision upon which her order was actually based, that articles 7 and 9 of the advertising policies were of no force or effect. Although the validity of article 2 was raised before the trial judge, it was not referred to in the conclusion of the Court of Appeal.

[10] Southin J.A., dissenting, would have dismissed the appeal. In her view, what was at issue was the freedom of expression of both the transit authorities and the respondents. According to Southin J.A.'s interpretation, s. 2(*b*) includes a freedom not to publish a message or, in other words, it does not confer a right of access to "media of communication". Furthermore, in her view, there were no signs of state oppression in the transit authorities' refusal to post the respondents' advertisements.

des intimées. Selon elle, le juge Halfyard avait eu tort d'appliquer l'arrêt *Ville de Montréal* en tenant compte de la teneur de la publicité et en considérant l'utilisation antérieure des côtés des autobus non plus comme un simple indice possible du caractère public d'un espace, mais comme une condition essentielle à une conclusion en ce sens. À ses yeux, BC Transit et TransLink ayant déjà autorisé la publicité sur leurs autobus, on ne pouvait alors considérer que l'expression y était incompatible avec la fonction des véhicules, à savoir le transport en commun.

[9] Pour ce qui est de l'article premier de la *Charte*, la juge Prowse a refusé d'entreprendre sa propre analyse quant à savoir si la politique de chacune des commissions de transport constituait une « règle de droit ». Elle n'a ni accepté ni rejeté la conclusion du juge de première instance sur ce point. Cette analyse lui a paru inopportune, car les prétentions des parties portant sur l'article premier étaient insuffisantes. Pour les mêmes raisons, elle a décidé de ne pas se prononcer de façon définitive sur la question de la réparation, se contentant de dire que si chacune des politiques constituait une « règle de droit » au sens de l'article premier, elle pourrait rendre l'ordonnance en application de l'art. 52 et, dans le cas contraire, elle pourrait se prévaloir du par. 24(1) pour rendre une ordonnance au même effet. Sans préciser la disposition réparatrice en vertu de laquelle elle le faisait, elle a donc déclaré inopérants les articles 7 et 9 de chacune des politiques publicitaires. Bien que la validité de l'article 2 ait été soulevée devant le juge de première instance, la conclusion de la Cour d'appel ne mentionne pas cet article.

[10] Dissidente, la juge Southin aurait rejeté l'appel. À son avis, le litige opposait la liberté d'expression des commissions de transport à celle des intimées. Suivant son interprétation, l'al. 2*b*) comprenait la liberté de ne pas diffuser un message ou, en d'autres termes, il ne conférait aucun droit d'accès aux « moyens de communication ». En outre, elle ne voyait aucune manifestation d'oppression par l'État dans le refus des commissions de transport de diffuser les publicités des intimées.

[11] The transit authorities sought and were granted leave to appeal to this Court with respect to the constitutional validity of articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies.

2. Issues

[12] There are four issues in this appeal: (1) whether the entities which operate the public transit systems in the GVRD and elsewhere in British Columbia are subject to the *Charter*; (2) if so, whether the impugned policies adopted by these entities infringe the respondents' right to freedom of expression; (3) if so, whether the limits imposed by those policies are "reasonable limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*; and (4) whether a declaration can be made under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* with respect to the policies.

3. Analysis

3.1 *Section 32 of the Charter: The Principles*

[13] Section 32 identifies the entities to which the *Charter* applies. It reads:

> **32.** (1) This Charter applies
>
> (*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
>
> (*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

[14] On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, La Forest J. explained the rationale for the broad reach of s. 32 as follows (at para. 48):

> Were the *Charter* to apply only to those bodies that are institutionally part of government but not to those

[11] Les commissions de transport ont obtenu la permission d'en appeler devant notre Cour concernant la validité constitutionnelle des articles 2, 7 et 9 de leurs politiques publicitaires.

2. Questions en litige

[12] Quatre questions sont en litige. Premièrement, les sociétés qui exploitent les réseaux de transport en commun dans le DRV et ailleurs en Colombie-Britannique sont-elles assujetties à la *Charte*? Deuxièmement, dans l'affirmative, les politiques contestées adoptées par les sociétés portent-elles atteinte au droit à la liberté d'expression des intimées? Troisièmement, dans l'affirmative, chacune de ces politiques constitue-t-elle une « règle de droit » établissant des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*? Et quatrièmement, ces politiques peuvent-elles faire l'objet d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Analyse

3.1 *Les principes sous-tendant l'art. 32 de la Charte*

[13] L'article 32, qui détermine l'assujettissement à la *Charte*, est libellé comme suit :

> **32.** (1) La présente charte s'applique :
>
> *a*) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
>
> *b*) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

[14] Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, le juge La Forest explique la raison d'être de la grande portée de l'art. 32 (par. 48) :

> Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du

that are — as a simple matter of fact — governmental in nature (or performing a governmental act), the federal government and the provinces could easily shirk their *Charter* obligations by conferring certain of their powers on other entities and having those entities carry out what are, in reality, governmental activities or policies. In other words, Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial executives could simply create bodies distinct from themselves, vest those bodies with the power to perform governmental functions and, thereby, avoid the constraints imposed upon their activities through the operation of the *Charter*. Clearly, this course of action would indirectly narrow the ambit of protection afforded by the *Charter* in a manner that could hardly have been intended and with consequences that are, to say the least, undesirable. Indeed, in view of their fundamental importance, *Charter* rights must be safeguarded from possible attempts to narrow their scope unduly or to circumvent altogether the obligations they engender. [Emphasis added.]

[15] In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J. reviewed the position the Court had taken in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (university), *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451 (university), *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 (hospital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 (college), and *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (college), on the issue of the status of various entities as "government". Writing for a unanimous Court, he summarized the applicable principles as follows (at para. 44):

. . . the *Charter* may be found to apply to an entity on one of two bases. First, it may be determined that the entity is itself "government" for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as "government" within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a

gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent. [Je souligne.]

[15] Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, le juge La Forest s'est penché sur le point de vue adopté par la Cour dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (université), *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451 (université), *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 (hôpital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (collège), et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (collège), au sujet du caractère « gouvernemental » de diverses entités. Au nom des juges unanimes de la Cour, il résume comme suit les principes applicables (par. 44) :

. . . il peut être jugé que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Une telle conclusion requiert l'examen de la question de savoir si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation d'atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du « gouvernement » au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*,

non-governmental actor, correctly be described as "private". Second, an entity may be found to attract *Charter* scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, in other words, one must scrutinize the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor. If the act is truly "governmental" in nature — for example, the implementation of a specific statutory scheme or a government program — the entity performing it will be subject to review under the *Charter* only in respect of that act, and not its other, private activities.

[16] Thus, there are two ways to determine whether the *Charter* applies to an entity's activities: by enquiring into the nature of the entity or by enquiring into the nature of its activities. If the entity is found to be "government", either because of its very nature or because the government exercises substantial control over it, all its activities will be subject to the *Charter*. If an entity is not itself a government entity but nevertheless performs governmental activities, only those activities which can be said to be governmental in nature will be subject to the *Charter*.

3.1.1 Application of the Principles to the Transit Authorities

[17] In this Court, BC Transit does not address the trial judge's conclusion that it is itself "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It is clearly a government entity. It is a statutory body designated by legislation as an "agent of the government", with a board of directors whose members are all appointed by the Lieutenant Governor in Council (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5) and 4(1)). Moreover, the Lieutenant Governor in Council has the power to manage BC Transit's affairs and operations by means of regulations (s. 32(2)). Thus, BC Transit cannot be said to be operating autonomously from the provincial government, since the latter has the power to exercise substantial control over its day-to-day activities.

indépendamment du fait que l'activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Autrement dit, il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur. Si l'acte est vraiment de nature « gouvernementale » — par exemple, la mise en œuvre d'un régime légal ou d'un programme gouvernemental donné — l'entité qui en est chargée est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées.

[16] Deux avenues s'offrent donc pour déterminer si la *Charte* s'applique aux activités d'une entité : l'examen de la nature de l'entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l'entité fait partie du « gouvernement », soit par sa nature même, soit à cause du pouvoir substantiel que l'État exerce sur elle, toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*. Si l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la *Charte*.

3.1.1 Application des principes aux commissions de transport

[17] Devant notre Cour, BC Transit n'a formulé aucune observation concernant la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle fait elle-même partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il s'agit clairement d'une entité gouvernementale par nature. Créature législative, elle est désignée [TRADUCTION] « mandataire du gouvernement » et dotée d'un conseil d'administration dont les membres sont tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 38, par. 2(5) et 4(1)). En outre, ce dernier a le pouvoir de diriger les activités de BC Transit par l'adoption de règlements (par. 32(2)). BC Transit ne peut donc pas être considérée comme une entité indépendante du gouvernement provincial, car ce dernier a un grand pouvoir sur son fonctionnement quotidien.

[18] As for TransLink, it argues that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that it is "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Prowse J.A. found that because TransLink is controlled by the GVRD, which itself is "government" within the meaning of s. 32, it is an apparatus of government. She based her finding that the GVRD was governmental in nature on s. 5 of the *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323 ("LGA"), which defines "local government" as "the council of a municipality" and "the board of a regional district". She added that regional districts are corporations (s. 173), that they are governed by boards (s. 174) and that the boards consist of municipal directors and electoral area directors (s. 783(1)). Furthermore, the LGA describes regional districts as "independent, responsible and accountable order[s] of government within their jurisdiction" and states that a regional district is intended to provide "good government for its community" (s. 2(a)). The GVRD therefore clearly falls within the definition of "local government".

[18] Pour sa part, TransLink prétend que le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort qu'elle fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. La juge Prowse est arrivée à la conclusion que TransLink appartient à l'appareil gouvernemental parce qu'elle relève du DRV, qui fait lui-même partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Sa conclusion que le DRV est par nature assimilable au gouvernement repose sur l'art. 5 de la *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323 (« LGA »), suivant lequel [TRADUCTION] « gouvernement local » s'entend du « conseil d'une municipalité » et du « conseil d'un district régional ». La juge a en outre fait observer qu'un district régional est une société (art. 173), que dirige un conseil (art. 174), lui-même composé d'administrateurs municipaux et d'administrateurs de secteurs électoraux (par. 783(1)). De plus, la LGA dispose que le district régional est un [TRADUCTION] « palier de gouvernement indépendant et responsable sur son territoire » et que sa raison d'être est de veiller au [TRADUCTION] « bon gouvernement dans l'intérêt de la collectivité » (al. 2a)). Le DRV est donc clairement un « gouvernement local ».

[19] One might add to the criteria upon which Prowse J.A. based her conclusion the facts that, subject to specific limitations established in the LGA, a regional district may operate any service that the board considers necessary or desirable for its geographic area (s. 796(1)), and that it may recover the costs of its services (s. 803(1)). Moreover, the board of a regional district has the power to make bylaws which are enforceable by fine or by imprisonment (s. 266(1)). Consequently, not only is the GVRD designated as "government" in the LGA, but the legislature has granted it powers consistent with that status.

[19] On pourrait ajouter aux critères invoqués par la juge Prowse le fait que, sous réserve des restrictions particulières établies en vertu de la LGA, un district régional peut exploiter tout service que le conseil juge nécessaire ou souhaitable sur son territoire (par. 796(1)) et recouvrer le coût de ses services (par. 803(1)). Par ailleurs, son conseil peut prendre des règlements et les faire respecter au moyen d'amendes ou de peines d'emprisonnement (par. 266(1)). Ainsi, le DRV fait non seulement partie du « gouvernement » suivant la LGA, mais le législateur lui accorde des pouvoirs en conséquence.

[20] Having established that the GVRD is "government", Prowse J.A. went on to conclude that the GVRD exercises substantial control over TransLink:

[20] Après avoir déterminé que le DRV fait partie du « gouvernement », la juge Prowse conclut qu'il exerce un grand pouvoir sur TransLink :

> . . . the GVRD has substantial control over the day-to-day operations of TransLink which, when combined with the GVRD's powers to appoint the vast majority of

> [TRADUCTION] . . . le DRV exerce sur le fonctionnement quotidien de TransLink un grand pouvoir qui, jumelé à celui de nommer la grande majorité des membres du

the members of TransLink's board of directors, satisfies the control test posited by the authorities. To the extent that the GVRD does not have complete control over TransLink, control is shared by the provincial government. In either case, I conclude that TransLink cannot be viewed to be operating independently or autonomously in a manner similar to either universities or hospitals. It has no independent agenda other than that provided in its constituent *Act* and no history of being an entity independent of government. [para. 93]

[21] Prowse J.A. came to this conclusion after reviewing the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, and remarking that the GVRD must appoint 12 of the 15 directors on TransLink's board (s. 8(1) and (2)) and must ratify TransLink's strategic transportation plan (s. 14(4)), that TransLink must "prepare all its capital and service plans and policies and carry out all its activities and services in a manner that is consistent with its strategic transportation plan" (s. 14(3)), and that the GVRD must ratify bylaws relating to a variety of taxes and levies (ss. 25(3), 29(5), 29.1(5) and 133(5)). Although TransLink is not an agent of the government, Prowse J.A. concluded that it is substantially controlled by a local government entity — the GVRD — and is therefore itself a government entity. The control mechanisms are substantial, and I agree with Prowse J.A.'s analysis and conclusion on this issue.

[22] The conclusion that TransLink is a government entity is also supported by the principle enunciated by La Forest J. in *Eldridge* (at para. 42) and *Godbout* (at para. 48) that a government should not be able to shirk its *Charter* obligations by simply conferring its powers on another entity. The creation of TransLink by statute in 1998 and the partial vesting by the province of control over the region's public transit system in the GVRD was not a move towards the privatization of transit services, but an administrative restructuring designed to place more power in the hands of local governments (B.C.C.A. reasons, at paras. 75-79). The devolution of provincial responsibilities for public transit to the GVRD cannot therefore be viewed as having created a "*Charter*-free" zone for the public transit system in Greater Vancouver.

conseil d'administration, satisfait au critère établi par la jurisprudence. Dans la mesure où TransLink ne relève pas entièrement du DRV, elle relève aussi en partie du gouvernement provincial. Dans un cas comme dans l'autre, j'arrive à la conclusion que TransLink ne peut être considérée comme une entité exerçant ses activités de façon indépendante à l'instar d'une université ou d'un hôpital. Elle n'a pas d'autres objectifs que ceux prévus dans sa loi constitutive et elle n'a jamais constitué une entité indépendante du gouvernement. [par. 93]

[21] La juge Prowse arrive à cette conclusion après avoir constaté que suivant la *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, le DRV nomme 12 des 15 administrateurs de TransLink (par. 8(1) et (2)) et ratifie son plan stratégique de transport (par. 14(4)), TransLink [TRADUCTION] « établit ses plans et ses politiques en matière d'immobilisations et de services, exerce ses activités et offre ses services conformément à son plan stratégique de transport » (par. 14(3)) et le DRV ratifie les règlements se rapportant à divers taxes et prélèvements (par. 25(3), 29(5), 29.1(5) et 133(5)). TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement mais, pour la juge Prowse, elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le DRV —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Les indices de cet assujettissement sont importants, et je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion de la juge Prowse sur ce point.

[22] Le principe énoncé par le juge La Forest dans les arrêts *Eldridge* (par. 42) et *Godbout* (par. 48) — le gouvernement ne devrait pas pouvoir se soustraire aux obligations que lui impose la *Charte* en octroyant simplement ses pouvoirs à une autre entité — étaye également la conclusion que TransLink est une entité gouvernementale. La création légale de TransLink en 1998 et le transfert partiel au DRV du pouvoir de la province sur le réseau de transport en commun de la région ne visaient pas la privatisation des services de transport, mais plutôt la réorganisation administrative par l'octroi de pouvoirs accrus aux gouvernements locaux (motifs de la Cour d'appel, par. 75-79). On ne saurait donc conclure que ce transfert de pouvoirs provinciaux au DRV a soustrait le réseau de transport en commun du Grand Vancouver à l'application de la *Charte*.

[23] At this point, I should mention that the legislation considered by the courts below has been repealed since the time of the events at issue in this case. Pursuant to the *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, TransLink's activities are now conducted by the South Coast British Columbia Transportation Authority. The provisions of the new statute are not before the Court, and I need not comment on them here.

[24] In summary, both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Consequently, it is not necessary to enquire into the nature of individual activities, because all their activities are subject to the *Charter*, regardless of whether a given activity can correctly be described as "private" (*Eldridge*, at para. 44).

3.2 *Section 2(b) of the Charter*

[25] Since I have established that, for the purposes of s. 32 of the *Charter*, the transit authorities are government entities, it follows that the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. As I mentioned above, the transit authorities have earned revenues from advertising posted on their buses for years. BC Transit has permitted advertising inside its buses since the 1980s and on the outsides for over a decade, and TransLink has permitted advertising on the outsides of its buses ever since it came into existence in 1998. The transit authorities' policies, which regulate both the content and the form of advertisements, are at the heart of the debate. The respondents sought to post various advertisements on the sides of buses, and their requests were rejected by the transit authorities on the basis that articles 2, 7 and 9 of the policies prohibited political advertisements or advertisements of a controversial nature.

[26] The respondents submit that articles 2, 7 and 9 unjustifiably infringe their rights under s. 2(*b*) of the *Charter*. In the respondents' view, their claim centres on the use of government property for public expression without undue state interference with the content of their expression, and should

[23] Signalons au passage que les dispositions législatives considérées par les tribunaux inférieurs ont été abrogées depuis les événements à l'origine du litige. La *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, confie désormais les activités de TransLink à South Coast British Columbia Transportation Authority. Les dispositions de la nouvelle loi ne sont pas visées par le présent pourvoi, et il n'y a pas lieu de les commenter.

[24] En résumé, BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la nature de chacune de leurs activités, car elles sont toutes assujetties à la *Charte*, peu importe qu'elles puissent à juste titre être qualifiées de « privées » (arrêt *Eldridge*, par. 44).

3.2 *L'alinéa 2b) de la Charte*

[25] Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales aux fins de l'art. 32 de la *Charte*, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. Je rappelle que depuis des années, les commissions de transport tirent des revenus de la publicité sur les autobus. BC Transit autorise la publicité à l'intérieur des véhicules depuis les années 1980 et à l'extérieur depuis plus d'une décennie. TransLink autorise la publicité sur la partie extérieure des autobus depuis sa création en 1998. Les commissions de transport réglementent le contenu et la forme de la publicité. Leurs politiques en la matière sont au cœur du litige. Les intimées ont demandé l'affichage de différentes publicités sur les côtés des autobus, et les commissions de transport ont refusé au motif que les articles 2, 7 et 9 de leur politique respective interdisaient la publicité politique ou celle prêtant à controverse.

[26] Les intimées soutiennent que les articles 2, 7 et 9 portent indûment atteinte aux droits que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles disent revendiquer le droit à l'utilisation de biens gouvernementaux aux fins d'expression publique sans restriction injustifiée de la teneur de leur expression par l'État, de

therefore be resolved using the analysis for public space expression set out by this Court in *City of Montréal*. The transit authorities counter that the respondents are seeking to gain access to a particular platform for expression and that they are invoking the *Charter* to place these government entities under a positive obligation to make buses available for their expression. More specifically, BC Transit describes the respondents' claim as one of underinclusion on the basis that they are seeking to have the scope of the advertising service extended to include political advertising. In addition, both BC Transit and TransLink characterize the claim as a positive rights claim on the basis that the respondents cannot engage in the expression at issue without their support or enablement. Accordingly, the transit authorities state that the claim should be resolved using the framework set out in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, rather than by applying the *City of Montréal* test, as the trial judge and the majority of the Court of Appeal have done in the case at bar.

[27] This Court has long taken a generous and purposive approach to the interpretation of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). It has not departed from this general principle in the context of s. 2(*b*): *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49 and 766-67; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. An activity by which one conveys or attempts to convey meaning will *prima facie* be protected by s. 2(*b*) (*Irwin Toy*, at pp. 968-69). Furthermore, the Court has recognized that s. 2(*b*) protects an individual's right to express him or herself in certain public places (*Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 (airports); *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084 (utility poles); and *City of Montréal*, at para. 61 (city streets)). Therefore, not only is expressive activity *prima facie* protected, but so too is the right to such activity in certain public locations (*City of Montréal*, at para. 61).

sorte que la question devrait être tranchée en fonction du cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Montréal* relativement à l'expression dans un espace ou un endroit public. Les commissions de transport rétorquent que les intimées revendiquent plutôt l'accès à une tribune particulière et qu'elles invoquent la *Charte* pour imposer à l'État l'obligation positive de mettre les autobus à leur disposition aux fins d'expression. Plus précisément, BC Transit estime que les intimées plaident la restriction excessive puisqu'elles demandent que la publicité acceptée englobe celle dont la teneur est politique. De plus, pour BC Transit et TransLink, il s'agit de la revendication d'un droit positif en ce que les intimées ne peuvent s'exprimer comme elles le veulent sans que les appelantes appuient l'activité expressive ou la permettent. De l'avis des commissions de transport, il faudrait donc trancher en fonction du cadre d'analyse que la Cour a établi dans l'arrêt *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et non appliquer le test de l'arrêt *Ville de Montréal* comme l'ont fait en l'espèce le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[27] Depuis longtemps, la Cour interprète de manière généreuse et téléologique les droits et libertés garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). Son interprétation de l'al. 2*b*) ne fait pas exception : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749 et 766-767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre un message bénéficie de prime abord de la protection de l'al. 2*b*) (*Irwin Toy*, p. 968-969). De plus, la Cour a reconnu que l'al. 2*b*) protège le droit individuel de s'exprimer dans certains endroits ou espaces publics (*Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 (aéroport); *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084 (poteau électrique); *Ville de Montréal*, par. 61 (voie publique)). La *Charte* protège donc de prime abord non seulement l'activité expressive, mais aussi le droit de l'exercer dans certains lieux publics (*Ville de Montréal*, par. 61).

[28] However, s. 2(*b*) of the *Charter* is not without limits and governments will not be required to justify every restriction on expression under s. 1 (*Baier*, at para. 20). The method or location of expression may exclude it from protection: for example, violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(*b*) guarantee, and individuals do not have a constitutional right to express themselves on *all* government property.

[29] As well, although s. 2(*b*) protects everyone from undue government interference with expression, it generally does not go so far as to place the government under an obligation to facilitate expression by providing individuals with a particular *means* of expression (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995). Thus, where the government creates such a means, it is generally entitled to determine which speakers are allowed to participate. A speaker who is excluded from such means does not have a s. 2(*b*) right to participate unless she or he meets the criteria set out in *Baier*. Of course, other constitutional obligations — those under s. 15 of the *Charter*, for example — still apply.

[30] In *Baier*, Rothstein J., writing for the majority, summarized the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(*b*) requires the government to extend an underinclusive means of, or "platform" for, expression to a particular group or individual. In that case, schoolteachers were challenging Alberta legislation which prohibited them from running for election as school trustees. Rothstein J. observed that the teachers, by seeking access to a government-created platform for expression, were asking the government to enable their expressive activity and were therefore asserting a positive right. The question that must be answered in the case at bar, therefore, is whether the *Baier* analysis is triggered.

[31] The transit authorities' advertising policies authorize any "[a]dvertisements . . . which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events"

[28] Cependant, la protection offerte à l'al. 2*b*) de la *Charte* n'est pas illimitée, et le gouvernement n'a pas à justifier au regard de l'article premier toute restriction de la liberté d'expression (*Baier*, par. 20). Le mode ou le lieu de l'expression peut écarter la protection : par exemple, l'expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle, et la *Charte* ne garantit pas à chacun le droit de s'exprimer dans *tout* espace gouvernemental.

[29] Aussi, même si l'al. 2*b*) protège chacun contre la restriction injustifiée de l'expression par l'État, il n'oblige généralement pas ce dernier à favoriser l'expression individuelle par la mise à la disposition de chacun d'un *mode* d'expression en particulier (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995). Ainsi, lorsqu'il crée un mode d'expression, l'État est généralement admis à décider de ceux qui pourront s'en prévaloir. La personne qui n'y a pas accès ne peut invoquer l'al. 2*b*) à l'encontre de cette exclusion que si elle satisfait aux critères de l'arrêt *Baier*. Évidemment, d'autres obligations constitutionnelles — dont celles découlant de l'art. 15 de la *Charte* — s'appliquent toujours.

[30] Dans l'arrêt *Baier*, au nom des juges majoritaires, le juge Rothstein résume les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l'al. 2*b*) exige du gouvernement qu'il mette à la disposition d'une personne ou d'un groupe de personnes un mode d'expression ou une « tribune » dont l'accès est trop restreint. Dans cette affaire, des enseignants contestaient une loi albertaine qui leur interdisait de se porter candidats aux postes de conseillers scolaires. Le juge Rothstein a fait observer qu'en demandant l'accès à une tribune d'origine législative, les enseignants demandaient au gouvernement de leur fournir un moyen pour donner cours à leur activité expressive et visaient donc l'obtention d'une mesure positive. Il faut donc déterminer si le cadre de l'arrêt *Baier* s'applique en l'espèce.

[31] Les politiques publicitaires des commissions de transport autorisent [TRADUCTION] « la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des

(article 2). The policies are designed to enable a large number of speakers to reach a large audience. The respondents sought to post political advertisements on buses by means of the transit authorities' advertising service. The *content* of their expressive activity was the political message and the *means* of expression was the advertising service enabling expression on the sides of the buses. The advertisements were rejected on the basis of their political content, not on the basis that the advertising service was not available to the respondents.

[32] At first glance, since the respondents are not themselves excluded from access to the advertising service, it seems difficult to characterize their claim as one against underinclusion. The advertising service is not a platform created for a limited group of individuals or for a very narrow purpose. Rather, it is accessible to anyone who wishes to advertise and is willing to pay a fee. According to BC Transit, however, the respondents are challenging the underinclusive scope of the platform for expression on the basis that it excludes *political* advertising. Care must be taken not to confuse the notion of an underinclusive platform for expression with government limits on the content of expression. I do not need to revisit here the factors set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at paras. 24-26 and 31-33, and summarized in *Baier*, at para. 27 — suffice it to say that to succeed in its argument that the respondents' claim is one of underinclusiveness, BC Transit had to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression. But this is not what the respondents are arguing. The policies do not prevent them from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. In contrast, in *Baier*, school trusteeship was the very means of the expressive activity, and the claimants were being denied access to that means.

[33] However, both BC Transit and TransLink also characterize the claim as one for a positive right on the basis that the respondents required

événements publics » (article 2). Elles sont conçues pour permettre à un grand nombre d'annonceurs d'avoir accès à un large auditoire. Les intimées se sont adressées au service publicitaire des commissions de transport pour faire afficher leurs publicités politiques sur les autobus. La *teneur* de l'activité expressive était le message politique et le *mode* d'expression était le service publicitaire permettant l'expression sur les côtés des autobus. Les publicités ont été refusées à cause de leur teneur politique, et non parce que les intimées n'avaient pas accès au service publicitaire.

[32] À première vue, comme les intimées ne sont pas elles-mêmes privées de l'accès au service publicitaire, il paraît difficile de considérer qu'elles contestent le caractère trop restreint d'une tribune. Le service publicitaire ne constitue pas une tribune créée à l'intention d'un groupe limité de personnes ou à une fin très précise. Il est en fait à la disposition de tout annonceur disposé à payer les frais exigibles. Or, selon BC Transit, les intimées prétendent que la tribune a un caractère trop restreint parce qu'elle exclut la publicité *politique*. Il ne faut pas confondre caractère trop restreint de la tribune et restriction par l'État du contenu de l'expression. Nul besoin de revenir en l'espèce sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (par. 24-26 et 31-33), et résumés dans *Baier* (par. 27). Il suffit de signaler que pour faire valoir sa thèse avec succès, BC Transit devait au moins prouver que les intimées n'avaient pas elles-mêmes accès au mode d'expression en cause. Or, ce n'est pas ce que les intimées avancent. Les politiques ne les empêchent pas de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer que les intimées contestent le caractère trop restreint de la tribune. Enfin, dans l'affaire *Baier*, le conseil scolaire constituait le mode même de l'activité expressive, et l'accès à ce mode d'expression était refusé aux demandeurs.

[33] Or, BC Transit et TransLink attribuent toutes deux aux intimées la revendication d'un droit positif parce que celles-ci leur auraient demandé

their support and enablement to convey the messages in question. A few comments are in order.

[34] In *Baier*, Rothstein J. stated (at para. 35):

> To determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity. Making the case for a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement.

The words "act to support or enable", taken out of context, could be construed as transforming many freedom of expression cases into "positive rights claims". Expression in public places invariably involves some form of government support or enablement. Streets, parks and other public places are often created or maintained by government legislation or action. If government support or enablement were all that was required to trigger a "positive rights analysis", it could be argued that a claim brought by demonstrators seeking access to a public park should be dealt with under the *Baier* analysis because to give effect to such a claim would require the government to enable the expression by providing the necessary resource (i.e., the place). But to argue this would be to misconstrue *Baier*.

[35] When the reasons in *Baier* are read as a whole, it is clear that "support or enablement" must be tied to a claim requiring the government to provide a particular means of expression. In *Baier*, a distinction was drawn between placing an obligation on government to provide individuals with a particular platform for expression and protecting the underlying freedom of expression of those who are free to participate in expression on a platform (para. 42). Consequently, the transit authorities' interpretation of the notion of a positive rights claim is overly broad and was in fact rejected in *Baier*. The respondents seek the freedom to express

d'appuyer et de permettre leur activité expressive par la diffusion des messages. Quelques remarques s'imposent.

[34] Dans l'arrêt *Baier*, le juge Rothstein dit ce qui suit (par. 35) :

> Pour déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d'autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. Pour que nous soyons en présence d'un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu'ils seraient autrement libres d'exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement.

Interprétés hors contexte, les mots « mesures pour appuyer ou permettre » pourraient dans bien des cas transformer une affaire de liberté d'expression en une revendication de droit positif. L'expression dans un endroit ou un espace public suppose nécessairement quelque appui ou habilitation de la part du gouvernement. L'existence de rues, de parcs et d'autres lieux publics tient souvent à une loi ou à une mesure gouvernementale. S'il suffisait que l'État appuie ou permette l'activité expressive pour que soit justifié l'examen sous l'angle de la revendication d'un droit positif, on pourrait soutenir que la demande d'accès à un parc public par des manifestants devrait être considérée en fonction du cadre d'analyse de l'arrêt *Baier*, car pour accéder à la demande, l'État devrait permettre l'expression par la mise à disposition du moyen requis (le lieu). Ce serait mal interpréter l'arrêt *Baier*.

[35] Interprété globalement, l'arrêt *Baier* indique clairement que le fait d'appuyer ou de permettre l'activité expressive doit être relié à une demande faite à l'État de donner accès à un mode d'expression en particulier. En effet, dans cet arrêt, la Cour distingue entre imposer à l'État l'obligation de mettre une tribune donnée à la disposition de citoyens et protéger la liberté d'expression sous-jacente de ceux qui ont la faculté de se prévaloir d'une tribune (par. 42). L'interprétation de la notion de revendication d'un droit positif que préconisent les commissions de transport est donc trop large et la Cour l'a en fait rejetée dans *Baier*. Les intimées

themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state interference with the content of their expression. They are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded.

[36] I find that the transit authorities have not shown that the respondents' claim falls under the *Baier* analysis. I must now determine whether the expression should be denied s. 2(*b*) protection on the basis of location. This inquiry is conducted pursuant to the analytical framework developed in *City of Montréal.*

3.2.1 Application of *City of Montréal*

[37] In order to determine whether the transit authorities' advertising policies infringe s. 2(*b*) of the *Charter,* three questions must be asked: First, do the respondents' proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(*b*)? Second, if so, does the method or location of this expression remove that protection? Third, if the expression is protected by s. 2(*b*), do the transit authorities' policies deny that protection? (*City of Montréal,* at para. 56) If the policies are found to have infringed s. 2(*b*) of the *Charter,* the analysis then shifts to determining whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter.*

[38] The answer to the first question is not in issue. The proposed advertisements unquestionably have expressive content. The answer to the third question is also uncontroversial, although the question is not, as the trial judge suggested, whether all *political* speech is prohibited, but whether either the purpose or the effect of the government measures is to place a limit on expression. In the instant case, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. As the majority of the Court

réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. Elles ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé.

[36] J'arrive à la conclusion que les commissions de transport n'ont pas établi que la réclamation des intimées tombe sous le coup de l'arrêt *Baier* et du cadre d'analyse qui y est établi. Il me faut maintenant déterminer si la protection de l'al. 2*b*) doit être refusée en raison du lieu. J'applique à cette fin le test de l'arrêt *Ville de Montréal.*

3.2.1 Application de l'arrêt *Ville de Montréal*

[37] Pour déterminer si les politiques publicitaires des commissions de transport portent atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte,* il faut se poser trois questions. Premièrement, le contenu expressif des publicités projetées par les intimées justifie-t-il leur protection *prima facie* par l'al. 2*b*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, le mode ou le lieu d'expression ont-ils pour effet d'écarter cette protection? Troisièmement, si l'activité expressive est protégée par l'al. 2*b*), les politiques publicitaires en cause sont-elles attentatoires? (*Ville de Montréal,* par. 56) Si on conclut qu'il y a atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*), il faut passer à la question de savoir si elle est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte.*

[38] La réponse à la première question n'est pas contestée. Les publicités projetées ont assurément un contenu expressif. La réponse à la troisième question rallie également les parties. Or, contrairement à ce que laisse entendre le juge de première instance, la question n'est pas de savoir si tout discours *politique* est interdit mais bien si, par leur objet ou leur effet, les mesures gouvernementales limitent l'expression. En l'espèce, l'objet même des politiques publicitaires contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en

of Appeal stated, the transit authorities "sought to prohibit political advertising precisely because it was political" (para. 133).

[39] Regarding the second question, the analysis is somewhat more elaborate. In *City of Montréal*, the majority of the Court set out the following test for determining whether expression in a government location is protected by s. 2(*b*) of the *Charter* (at para. 74):

> The basic question with respect to expression on government-owned property is whether the place is a public place where one would expect constitutional protection for free expression on the basis that expression in that place does not conflict with the purposes which s. 2(*b*) is intended to serve, namely (1) democratic discourse, (2) truth finding and (3) self-fulfillment. To answer this question, the following factors should be considered:
>
> (a) the historical or actual function of the place; and
>
> (b) whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression.

[40] In the case at bar, the trial judge and the Court of Appeal came to opposite conclusions with respect to the first factor. The trial judge found that there was no history of *political* advertising on the sides of buses (trial judgment, at para. 87). For him, this finding was pivotal. However, content is not relevant to the determination of the function of a place.

[41] The fact that the historical function of a place included public expression or that its current function includes such expression is a good indication that expression in that place is constitutionally protected. Thus, a podium erected in a park for public use would necessarily be regarded as having a function that does not conflict with the purposes s. 2(*b*) is intended to serve; in fact, the very purpose of this public place would be to enhance the values underlying s. 2(*b*). However, the use of

écartant le discours politique. Comme le disent les juges majoritaires de la Cour d'appel, les commissions de transport [TRADUCTION] « voulaient interdire la publicité politique précisément parce qu'elle était de nature politique » (par. 133).

[39] Pour ce qui est de la deuxième question, l'analyse est quelque peu plus élaborée. Dans l'arrêt *Ville de Montréal*, les juges majoritaires de la Cour appliquent le test suivant pour déterminer si l'expression dans un lieu ou un espace à caractère gouvernemental est protégée à l'al. 2*b*) de la *Charte* (par. 74) :

> La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :
>
> a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;
>
> b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

[40] Pour ce qui est du premier facteur, le juge de première instance et la Cour d'appel arrivent à des conclusions opposées. Le juge de première instance conclut qu'il n'y a jamais eu de publicité *politique* sur les côtés des autobus (jugement de première instance, par. 87) et il accorde une importance déterminante à ce fait. Or, le contenu n'est pas pertinent pour la détermination de la fonction d'un lieu.

[41] Le fait que l'expression publique y a été permise ou qu'elle l'est actuellement est un bon indice de sa protection constitutionnelle. Ainsi, dans un parc, l'estrade destinée à l'usage des citoyens aura nécessairement une fonction qui ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé promouvoir. Dans ce cas, la raison d'être même du lieu public serait en fait de promouvoir les valeurs sous-jacentes à cet alinéa. Toutefois, il est très rare que l'on conteste l'utilisation d'un bien public à des

public property for expression will very rarely be questioned on the basis of such facts. The circumstances will usually be more complex. The airport, utility poles and streets at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal* are examples of places whose primary function is not expression.

[42] The question is whether the historical or actual function or other aspects of the space are incompatible with expression or suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression. One way to answer this question is to look at past or present practice. This can help identify any incidental function that may have developed in relation to certain government property. Such was the case in the locations at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal*, where the Court found the expressive activities in question to be protected by s. 2(*b*). While it is true that buses have not been used as spaces for this type of expressive activity for as long as city streets, utility poles and town squares, there is some history of their being so used, and they are in fact being used for it at present. As a result, not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression.

[43] The second factor from *City of Montréal* is whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying the constitutional protection. TransLink submits that its buses should be characterized as *private* publicly owned property, to which one cannot reasonably expect access. This position is untenable. The very fact that the general public has access to the advertising space on buses is an indication that members of the public would expect constitutional protection of their expression in that government-owned space. Moreover, an important aspect of a bus is that it is by nature a public, not

fins d'expression dans un tel contexte factuel. Les situations en litige sont généralement plus complexes. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada*, *Ramsden* et *Ville de Montréal*, l'aéroport, le poteau électrique et la voie publique étaient un lieu ou un espace dont la fonction première n'était pas l'expression.

[42] La question est de savoir si la fonction historique ou réelle ou quelque autre caractéristique de l'espace ou du lieu est incompatible avec l'expression ou permet de conclure que l'expression dans cet espace ou dans ce lieu minerait les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. L'une des avenues possibles pour trancher est celle de considérer la pratique antérieure ou actuelle. On peut ainsi découvrir toute fonction accessoire ayant pu voir le jour relativement à un bien public donné, comme cela a été le cas dans les affaires *Comité pour la République du Canada*, *Ramsden* et *Ville de Montréal*, où la Cour a reconnu l'application de la protection prévue à l'al. 2*b*). Il est vrai que l'autobus ne sert pas d'espace pour ce type d'activité expressive depuis aussi longtemps que la voie publique, le poteau électrique et la place publique, mais cette fonction existait et existe toujours. Par conséquent, il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression.

[43] Le second facteur énoncé dans l'arrêt *Ville de Montréal* est celui de savoir si d'autres caractéristiques du lieu donnent à penser que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la protection constitutionnelle. TransLink fait valoir que ses autobus devraient être considérés comme des biens *privés* appartenant aux pouvoirs publics et auxquels nul ne peut raisonnablement s'attendre à avoir accès. L'argument ne tient pas. Le fait même que le grand public a accès à l'espace publicitaire des autobus permet de conclure que les citoyens s'attendent à la protection constitutionnelle de leur expression dans cet espace appartenant à l'État. De

a private, space. Unlike the activities which occur in certain government buildings or offices, those which occur on a public bus do not require privacy and limited access. The bus is operated on city streets and forms an integral part of the public transportation system. The general public using the streets, including people who could become bus passengers, are therefore exposed to a message placed on the side of a bus in the same way as to a message on a utility pole or in any public space in the city. Like a city street, a city bus is a public place where individuals can openly interact with each other and their surroundings. Thus, rather than undermining the purposes of s. 2(*b*), expression on the sides of buses could enhance them by furthering democratic discourse, and perhaps even truth finding and self-fulfillment.

[44] The test crafted in *City of Montréal* was intended to be flexible enough to allow courts to take into consideration factors that might become relevant to the use of old or new places for public expression (at para. 77):

> Changes in society and technology may affect the spaces where expression should be protected having regard to the values that underlie the guarantee. The proposed test reflects this, by permitting factors other than historical or actual function to be considered where relevant.

Changes in society or technology, or even changes in policy, may affect both the primary and incidental functions of government property. Where the government allows its property to be used for certain expressive activities, it does not commit itself to that use indefinitely. However, if a change in the function of a public place affects fundamental *Charter* rights, any constitutional requirements which attach to the new function must be met.

[45] In sum, this is not a case in which the Court must decide whether to protect access to a space

plus, une caractéristique importante de l'autobus est qu'il constitue par nature un espace public, et non privé. Les activités qui s'y déroulent n'exigent pas confidentialité et limitation d'accès comme celles menées dans certains édifices ou bureaux gouvernementaux. L'autobus circule sur la voie publique et fait partie intégrante du réseau de transport en commun. Les usagers de la voie publique en général, y compris les passagers éventuels, sont donc exposés au message affiché sur le côté d'un autobus tout comme ils le sont au message affiché sur un poteau électrique ou dans un espace public urbain. De plus, dans une ville, l'autobus comme la voie publique constituent des lieux publics où les gens peuvent interagir ouvertement entre eux et avec l'environnement. Loin de miner les objectifs de l'al. 2*b*), l'expression sur les côtés des autobus favorise le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel.

[44] Le test appliqué dans l'arrêt *Ville de Montréal* se voulait suffisamment souple pour permettre la prise en considération de facteurs susceptibles de devenir pertinents pour l'utilisation d'espaces existants ou nouveaux aux fins d'expression publique (par. 77) :

> Les changements sociaux et technologiques peuvent avoir une incidence sur les endroits où l'expression mérite d'être protégée eu égard aux valeurs qui sous-tendent cette garantie. Le critère proposé tient compte de cette éventualité en permettant que d'autres facteurs que celui de la fonction historique ou réelle soient pris en considération au besoin.

L'évolution sociale ou technique, voire les changements d'ordre politique, peuvent modifier les fonctions première et accessoire d'un bien public. Le gouvernement qui permet l'utilisation de ses biens pour l'exercice de certaines activités expressives n'est pas tenu de le faire indéfiniment. Cependant, lorsque la modification apportée à la fonction d'un espace ou d'un endroit public a une incidence sur un droit fondamental garanti par la *Charte*, toute exigence constitutionnelle se rattachant à la fonction nouvelle doit être respectée.

[45] En résumé, la Cour n'est pas appelée en l'espèce à déterminer si l'accès à un espace public

where the government entity has never before recognized a right to such access. Rather, the question is whether the side of a bus, as a public place where expressive activity is already occurring, is a location where constitutional protection for free expression would be expected.

[46] I do not see any aspect of the location that suggests that expression within it would undermine the values underlying free expression. On the contrary, the space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(*b*) of the *Charter*. I therefore conclude that the side of a bus is a location where expressive activity is protected by s. 2(*b*) of the *Charter*.

[47] Consequently, I conclude that since the transit authorities' policies limit the respondents' right to freedom of expression under s. 2(*b*), the government must justify that limit under s. 1 of the *Charter*.

3.3 *Is the Limit Justified Under Section 1 of the Charter?*

[48] In order to justify the infringement of the respondents' freedom of expression under s. 1 of the *Charter*, the transit authorities must show that their policies are "reasonable limits prescribed by law" that can be "demonstrably justified in a free and democratic society". I will first address the question whether the limits imposed by the impugned policies are "prescribed by law".

[49] Although the trial judge had found that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' freedom of expression, he nevertheless went on to consider s. 1 of the *Charter*. He concluded, *inter alia*, that the impugned policies were not "law" for the purposes of s. 1 and that the infringement of s. 2(*b*) was therefore not a limit "prescribed by law". He reached this conclusion on the basis that the policies "were not made or administered in the exercise of a 'governmental'

doit être protégé là où l'entité gouvernementale n'a jamais reconnu un tel droit. Elle doit plutôt déterminer si, en tant qu'espace public, le côté d'un autobus, où s'exerce déjà l'activité expressive, constitue un lieu où l'on s'attend à ce que la liberté d'expression bénéficie de la protection constitutionnelle.

[46] Je ne vois dans ce lieu aucune caractéristique laissant croire que l'expression y minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Au contraire, il permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et promeut ainsi en fait les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*) de la *Charte*. J'arrive donc à la conclusion que l'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie de la protection prévue à cet alinéa.

[47] En conséquence, comme les politiques des commissions de transport limitent la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*), je conclus que le gouvernement doit justifier cette limitation au regard de l'article premier de la *Charte*.

3.3 *La limitation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[48] Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression des intimées au regard de l'article premier de la *Charte*, les commissions de transport doivent prouver que les restrictions que prévoient leurs politiques sont apportées « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». J'examine d'abord la question de savoir si les politiques en cause constituent des « règles de droit ».

[49] Le juge de première instance estime que les politiques publicitaires des commissions de transport ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des intimées, mais il examine tout de même l'article premier de la *Charte*. Il conclut notamment que les politiques ne constituent pas des « règles de droit » au sens de l'article premier, de sorte que le droit garanti à l'al. 2*b*) n'est pas restreint « par une règle de droit ». Il arrive à cette conclusion parce que, selon lui, les politiques [TRADUCTION]

power or in the performance of a 'governmental' duty, and [that] the government had no involvement in the making or implementation of those policies" (trial judgment, at para. 140). Prowse J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, declined to embark on her own analysis of the "prescribed by law" issue because the transit authorities had made no submissions on the matter. She neither accepted nor rejected the trial judge's conclusion on this issue. In this Court, the transit authorities made no submissions on the "prescribed by law" issue, while the respondents agreed with the trial judge's findings.

3.3.1 Case Law on the "Prescribed by Law" Requirement

[50] In its decisions on the "prescribed by law" requirement in s. 1, the Court has distinguished between challenges to government acts and challenges to "laws" (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eldridge*, at para. 20). This case raises the latter type of claim: the policies are being challenged, not the decision made by the transit authorities pursuant to the policies. In assessing whether the impugned policies satisfy the "prescribed by law" requirement, it must first be determined whether the policies come within the meaning of the word "law" in s. 1 of the *Charter*. To do this, it must be asked whether the government entity was authorized to enact the impugned policies and whether the policies are binding rules of general application. If so, the policies can be "law" for the purposes of s. 1. At the second stage of the enquiry, to find that the limit is "prescribed" by law, it must be determined whether the policies are sufficiently precise and accessible. Professor Peter W. Hogg describes the rationale behind the "prescribed by law" requirement in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 122:

> The requirement that any limit on rights be prescribed by law reflects two values that are basic to

« n'ont été ni adoptées ni appliquées dans l'exercice d'un pouvoir "gouvernemental" ou dans l'exécution d'une obligation "gouvernementale" et que le gouvernement n'a participé d'aucune façon à leur formulation ou à leur mise en œuvre » (jugement de première instance, par. 140). Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Prowse refuse de se livrer à sa propre analyse concernant la restriction « par une règle de droit » au motif que les commissions de transport n'ont pas présenté d'arguments à ce sujet. Elle ne se range pas à l'avis du juge de première instance sur ce point ni ne s'en dissocie. Devant notre Cour, les commissions de transport n'ont pas abordé la question de la restriction « par une règle de droit », alors que les intimées ont repris les conclusions du juge de première instance.

3.3.1 Jurisprudence relative à la restriction « par une règle de droit »

[50] La jurisprudence de notre Cour relative à la restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier établit une distinction entre la contestation de l'acte d'une entité gouvernementale et celle d'une règle de droit (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge*, par. 20). Dans la présente affaire, le second type de contestation est en cause : ce sont les politiques qui sont attaquées, non la décision prise sur leur fondement. Déterminer si la restriction découle d'une règle de droit exige d'abord que l'on établisse si la politique qui l'apporte constitue une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*. Il faut alors examiner si l'entité gouvernementale était autorisée à adopter la politique contestée et si cette dernière constitue une règle obligatoire d'application générale. Dans l'affirmative, la politique peut constituer une « règle de droit » aux fins de l'article premier. En second lieu, il faut déterminer si la politique est suffisamment précise et accessible pour que l'on puisse conclure qu'il s'agit d'une « règle de droit ». Dans *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, le professeur Peter W. Hogg précise la raison d'être d'un tel examen (p. 122) :

> [TRADUCTION] L'exigence qu'un droit soit restreint par une règle de droit reflète deux valeurs

constitutionalism or the rule of law. First, in order to preclude arbitrary and discriminatory action by government officials, all official action in derogation of rights must be authorized by law. Secondly, citizens must have a reasonable opportunity to know what is prohibited so that they can act accordingly. Both these values are satisfied by a law that fulfils two requirements: (1) the law must be adequately accessible to the public, and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable people to regulate their conduct by it, and to provide guidance to those who apply the law.

[51] In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, the Court emphasized that the "prescribed by law" requirement safeguards the public against arbitrary state limits on *Charter* rights. Le Dain J. set out the Court's initial interpretation of the expression "prescribed by law" in s. 1 of the *Charter* (at p. 645):

> The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements.

[52] Thus, the Court does not require that the limit be prescribed by a "law" in the narrow sense of the term; it may be prescribed by a regulation or by the common law. Moreover, it is sufficient that the limit simply result by necessary implication from either the terms or the operating requirements of the "law". (See also *Irwin Toy*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; and *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3.)

[53] The Court has also implicitly recognized other forms of limits that were not originally identified in *Therens* as being prescribed by law, including limits contained in municipal by-laws (*Ramsden* and *City of Montréal*), provisions of a collective agreement involving a government entity (*Lavigne*) and rules of a regulatory body (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591). Such limits satisfy the "prescribed by law" requirement

fondamentales du constitutionnalisme ou de la primauté du droit. Premièrement, pour faire obstacle aux mesures arbitraires ou discriminatoires des représentants de l'État, toute mesure attentatoire à un droit doit être autorisée par une règle de droit. Deuxièmement, le citoyen doit être raisonnablement en mesure de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence. Une règle de droit respecte ces deux valeurs lorsqu'elle remplit deux conditions : (1) elle est suffisamment accessible au citoyen et (2) elle est formulée avec suffisamment de précision pour que le citoyen puisse se comporter en conséquence et elle offre des repères à celui qui l'applique.

[51] Dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, la Cour souligne que l'exigence de la restriction d'un droit constitutionnel « par une règle de droit » protège le citoyen contre l'arbitraire de l'État. Le juge Le Dain y interprète pour la première fois la notion de restriction « par une règle de droit » pour les besoins de l'article premier de la *Charte* (p. 645) :

> L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application.

[52] La Cour n'exige donc pas que le droit en cause soit restreint par une loi au sens strict du terme; il peut l'être également par un règlement ou par la common law. En outre, il suffit que la restriction découle nécessairement du libellé de la « loi » ou de ses conditions d'application. (Voir également les arrêts *Irwin Toy*; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3.)

[53] La Cour reconnaît aussi implicitement d'autres formes de restriction par une règle de droit qui n'ont pas été mentionnées au départ dans l'arrêt *Therens*, notamment celles issues d'un règlement municipal (*Ramsden* et *Ville de Montréal*), d'une convention collective liant une entité gouvernementale (*Lavigne*) et des règles d'un organisme de réglementation (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591). Ces textes constituent des

because, much like those resulting from regulations and other delegated legislation, their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply. In these regards, they satisfy the concerns that underlie the "prescribed by law" requirement insofar as they preclude arbitrary state action and provide individuals and government entities with sufficient information on how they should conduct themselves.

[54] The Court has likewise taken a liberal approach to the precision requirement. The majority in *Irwin Toy* explained this as follows (at p. 983):

> Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

The Court emphasized in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-97, that the standard is not an onerous one. Unless the impugned law "is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools", it will be deemed to have met the "prescribed by law" requirement (p. 94).

[55] These cases show that the Court has chosen to take a flexible approach to the "prescribed by law" requirement as regards both the form (e.g., statute, regulation, municipal by-law, rule of a regulatory body or collective agreement provision) and articulation of a limit on a *Charter* right (i.e., a standard intelligible to the public and to those who apply the law). In the end, the Court has emphasized, as in *Therens*, the need to distinguish between limits which arise by law and limits which result from arbitrary state action; those resulting from arbitrary

« règles de droit » parce que, à l'instar des règlements et autres mesures législatives subordonnées, leur adoption est autorisée par une loi, ils sont obligatoires et d'application générale et ils sont suffisamment accessibles et précis pour ceux qui y sont assujettis. À cet égard, ils répondent aux préoccupations justifiant l'exigence de la restriction « par une règle de droit » dans la mesure où il s'agit de faire obstacle à l'arbitraire de l'État et d'offrir aux citoyens et aux entités gouvernementales suffisamment d'information sur la conduite à adopter.

[54] Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour interprète l'obligation de précision de manière libérale. Les juges majoritaires s'expliquent comme suit (p. 983) :

> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-97, la Cour souligne que la norme n'est pas stricte. À moins qu'elle ne « soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte », la loi contestée est réputée constituer « une règle de droit » (p. 94).

[55] Comme en font foi les arrêts susmentionnés, la Cour opte pour une interprétation souple de la « règle de droit » susceptible de restreindre un droit garanti par la *Charte*, et ce, tant sur le plan de la forme (loi, règlement, notamment municipal, règle d'un organisme de réglementation ou convention collective) que sur celui de la formulation (c'est-à-dire, une norme intelligible pour le public et celui qui l'applique). En fin de compte, la Cour insiste, comme dans l'arrêt *Therens*, sur la nécessité de distinguer entre la restriction issue de la loi et celle qui

state action continue to fail the "prescribed by law" requirement.

[56] This inclusive approach is based on a recognition that a narrow interpretation would lead to excessive rigidity in a parliamentary and legislative system that relies heavily on framework legislation and delegations of broad discretionary powers. McLachlin J. (as she then was) commented on this as follows in *Committee for the Commonwealth of Canada* (at p. 245):

> From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 137.

[57] Bearing in mind the broad interpretation given the "prescribed by law" requirement and the principles underlying the Court's approach, I must now consider whether limits resulting from policies of a government entity satisfy the "prescribed by law" requirement.

3.3.2 Government Policies and the "Prescribed by Law" Requirement

[58] Government policies come in many varieties. Oftentimes, even though they emanate from a government entity rather than from Parliament or a legislature, they are similar, in both form and substance, to statutes, regulations and other delegated legislation. Indeed, as a binding rule adopted pursuant to a government entity's statutory powers, a policy may have a legal effect similar to that of a municipal by-law or a law society's rules, both of which fall within the meaning of "law" for the purposes of s. 1. Other government policies

découle d'une mesure arbitraire de l'État, cette dernière ne satisfaisant toujours pas à l'exigence d'une restriction « par une règle de droit ».

[56] Cette approche généreuse est privilégiée parce qu'une interprétation étroite imposerait une trop grande rigidité à un système parlementaire et législatif qui s'en remet considérablement à des lois-cadres et à la délégation de larges pouvoirs discrétionnaires. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dit d'ailleurs à ce sujet (p. 245) :

> D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

Voir également l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 137.

[57] Au vu de l'interprétation libérale de la Cour et des principes invoqués à l'appui, il faut maintenant déterminer si la restriction résultant d'une politique d'une entité gouvernementale satisfait à l'exigence de la restriction « par une règle de droit ».

3.3.2 Application aux politiques gouvernementales de l'exigence de la restriction « par une règle de droit »

[58] Les politiques gouvernementales ont des profils très variés. Même si elles sont adoptées par des entités gouvernementales plutôt que par le Parlement ou une assemblée législative, elles s'apparentent souvent, sur la forme et le fond, à des lois, des règlements et d'autres mesures législatives subordonnées. À titre de règle obligatoire adoptée en vertu d'un pouvoir légal conféré à une entité gouvernementale, une politique peut avoir un effet juridique semblable à celui d'un règlement municipal ou d'une règle d'un barreau provincial, qui

are informal or strictly internal, and amount in substance merely to guidelines or interpretive aids as opposed to legal rules. The question that arises is this: Does a given policy or rule emanating from a government entity satisfy the "prescribed by law" requirement? It can be seen from the case law that a distinction must be drawn between rules that are legislative in nature and rules that are administrative in nature.

[59] In *Committee for the Commonwealth of Canada*, the Court was divided on the issue of whether the internal directives or policies applied by the airport managers in administering the regulatory scheme at issue in that case were "law". In addition to provincial legislation regulating the matter, the airport administration had "an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising" (p. 185). The trial judge found that an airport manager had been acting in accordance with this established policy when he prohibited the claimants from disseminating political messages at the airport. Lamer C.J., writing for himself and Sopinka J., expressed the opinion that because of their informal and internal nature, including the fact that they were not known to the public, the internal directives or policies could not possibly qualify as "law" prescribing the government action (p. 164).

[60] McLachlin J. (La Forest J. concurring) was of the view that the internal directives or policies were "law" because they were made pursuant to the Crown's common law right to manage its property (at p. 244):

> . . . I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing [the claimants] from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises.

constituent tous deux des « règles de droit » aux fins de l'article premier. Il peut cependant arriver qu'une politique revête un caractère informel ou purement interne et qu'elle ne constitue essentiellement qu'une ligne directrice ou un guide d'interprétation, et non une règle juridique. La question qui se pose alors est la suivante : quelle politique ou règle d'une entité gouvernementale satisfait à l'exigence de la restriction « par une règle de droit »? Il appert de la jurisprudence qu'il faut distinguer entre une règle de nature législative et une règle de nature administrative.

[59] Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, les juges de la Cour ne se sont pas entendus sur la question de savoir si la directive ou politique interne appliquée par le directeur d'aéroport dans l'administration du règlement en cause dans cette affaire constituait une règle de droit. Outre la disposition provinciale pertinente, la direction de l'aéroport appliquait « une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité » (p. 185). Le juge de première instance a conclu que le directeur de l'aéroport avait agi conformément à cette politique établie lorsqu'il avait interdit aux intimés de diffuser leurs messages politiques dans l'aérogare. S'exprimant également au nom du juge Sopinka, le juge en chef Lamer a estimé que la directive ou politique interne ne pouvait être considérée comme une « règle de droit » fondant la mesure gouvernementale à cause de son caractère informel et interne, y compris le fait qu'elle n'était pas connue du public (p. 164).

[60] La juge McLachlin (avec l'appui du juge La Forest) a été d'avis que la directive ou politique interne constituait une « règle de droit » puisqu'elle avait été adoptée en application du droit que la common law confère à l'État d'administrer ses biens (p. 244) :

> [J]e serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui [. . .] ont empêch[é] [les intimés] de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

[61] The decision ultimately turned on the constitutional validity of the regulations, and the question whether internal directives or policies can be considered to be "law" within the meaning of s. 1 was left without a definitive answer.

[62] The issue was again addressed in *Little Sisters*, a case concerning the use of internal guidelines by custom officials in administering the *Customs Act*. The guidelines which were in the form of a memorandum, interpreted standards set out in the legislation. Binnie J., writing for the majority, stated (at para. 85):

> . . . the Memorandum . . . was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. . . . It is the statutory decision . . . not the manual, that constituted the denial [of the claimants' freedom of expression]. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

[63] What *Committee for the Commonwealth of Canada* and *Little Sisters* demonstrate is a concern about the administrative nature of the policies and guidelines of the government entities in question. Administrative rules relate to the implementation of laws contained in a statutory scheme and are created for the purpose of administrative efficiency. The key question is thus whether the policies are focussed on "indoor" management. In such a case, they are meant for internal use and are often informal in nature; express statutory authority is not required to make them. Such rules or policies act as interpretive aids in the application of a statute or regulation. They cannot in and of themselves be viewed as "law" that prescribes a limit on a *Charter* right. An interpretive guideline or policy is not intended to establish individuals' rights and obligations or to create entitlements. Moreover, such documents are usually accessible only within

[61] La décision de la Cour a finalement reposé sur la constitutionnalité du règlement, et la question de savoir si une directive ou politique interne peut être considérée comme « une règle de droit » au sens de l'article premier n'a pas été tranchée de manière définitive.

[62] La question s'est de nouveau posée dans l'affaire *Little Sisters*. Le litige portait sur des directives internes appliquées par les fonctionnaires des douanes dans le cadre de l'administration de la *Loi sur les douanes*. Sous forme de mémorandum, ces directives interprétaient les normes établies par la loi. Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie affirme (par. 85) :

> . . . le Mémorandum [. . .] n'était rien de plus qu'un outil administratif interne à l'intention des inspecteurs des douanes. Il n'avait pas force de loi. Il n'aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée [. . .] C'est [. . .] la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation [de liberté d'expression pour les demandeurs]. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s'attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l'un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l'autre.

[63] Ce que démontrent les arrêts *Comité pour la République du Canada* et *Little Sisters* est une préoccupation concernant le caractère administratif des politiques et directives des entités gouvernementales en cause. La règle de nature administrative touche à l'application de lois formant un régime législatif; sa raison d'être est l'efficacité administrative. La question déterminante est donc celle de savoir si la politique s'attache à la régie interne. Dans un tel cas, elle est destinée à une application interne et elle est souvent de nature informelle; son adoption ne requiert pas l'autorisation expresse du législateur. Une telle règle ou politique sert à l'interprétation des dispositions d'une loi ou d'un règlement. Elle ne saurait être assimilée elle-même à une règle de droit qui restreint un droit constitutionnel. Ni un guide d'interprétation ni une politique n'ont pour objet d'établir les droits et les obligations d'une personne non plus que de créer des

the government entity and are therefore unhelpful to members of the public who are entitled to know what limits there are on their *Charter* rights. No matter how broadly the word "law" is defined for the purposes of s. 1, a policy that is administrative in nature does not fall within the definition, because it is not intended to be a legal basis for government action.

[64] Where a policy is not administrative in nature, it may be "law" provided that it meets certain requirements. In order to be legislative in nature, the policy must establish a norm or standard of general application that has been enacted by a government entity pursuant to a rule-making authority. A rule-making authority will exist if Parliament or a provincial legislature has delegated power to the government entity for the specific purpose of enacting binding rules of general application which establish the rights and obligations of the individuals to whom they apply (D. C. Holland and J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), at p. 103). For the purposes of s. 1 of the *Charter*, these rules need not take the form of statutory instruments. So long as the enabling legislation allows the entity to adopt binding rules, and so long as the rules establish rights and obligations of general rather than specific application and are sufficiently accessible and precise, they will qualify as "law" which prescribes a limit on a *Charter* right.

[65] Thus, where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is "prescribed by law".

[66] The question which now remains is whether the transit authorities' advertising policies meet the "prescribed by law" requirement under s. 1 of the *Charter*.

droits. En outre, ils ne sont habituellement accessibles qu'au sein de l'entité gouvernementale et sont donc sans utilité pour informer le citoyen qui doit être en mesure de connaître toute restriction apportée à ses droits constitutionnels. La politique de nature administrative, même entendue au sens le plus large, n'est pas une « règle de droit » pour les besoins de l'article premier, car sa raison d'être n'est pas d'offrir un fondement juridique à l'action gouvernementale.

[64] La politique qui n'est pas administrative par nature et qui satisfait à certaines exigences peut constituer une « règle de droit ». Pour qu'elle soit de nature législative, la politique doit établir une norme d'application générale adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. Un tel pouvoir existe lorsque le législateur fédéral ou provincial a délégué un pouvoir à l'entité gouvernementale aux fins précisément d'adopter des règles obligatoires d'application générale établissant les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties (D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), p. 103). Point n'est besoin, pour l'application de l'article premier de la *Charte*, que ces règles revêtent la forme de textes réglementaires. Dans la mesure où leurs lois habilitantes permettent aux entités d'adopter des règles obligatoires, où leurs politiques établissent des droits et des obligations d'application générale plutôt que particulière et où elles sont suffisamment accessibles et précises, alors ces politiques sont réputées constituer des « règles de droit » susceptibles de restreindre un droit garanti par la *Charte*.

[65] Ainsi, lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative qui constitue une « règle de droit ».

[66] La question à trancher dès lors est de savoir si les politiques publicitaires des commissions de transport constituent « une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*.

3.3.3 Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies

[67] A review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink.

[68] Section 3(1)(c) of the *British Columbia Transit Act* authorizes BC Transit's board of directors, with the Minister's approval, "to pursue commercial opportunities and undertake or enter into commercial ventures in respect of those systems and the authority's assets and resources". According to s. 4(4)(e) of the Act, the board of directors

> must supervise the management of the affairs of the [transit] authority and may . . . by resolution . . . establish rules for the conduct of their affairs . . . .

[69] A similar authority is conferred on TransLink's board under s. 2(4) of the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*:

> **2**(4) The authority may carry on business, and, without limiting this, may enter into contracts or other arrangements, adopt bylaws, pass resolutions, issue or execute any other record or sue or be sued under a name prescribed by regulation of the Lieutenant Governor in Council, and any contract, bylaw, resolution or other arrangement or record entered into, adopted, passed, issued or executed, as the case may be, and any suit brought, by the authority under the prescribed name is as valid and binding as it would be were it entered into, adopted, passed, issued, executed or brought by the authority under its own name.

[70] The enabling statutes thus confer broad discretionary powers on each entity's board of directors to adopt rules regulating the conduct of its affairs, including the generation of revenue for the public transportation system through advertising sales. Further, according to documents filed in the record, the policies were "reviewed and adopted" by the boards of both entities (Appellants' Joint Record, at pp. 179 and 326). The policies

3.3.3 Application des principes aux politiques des commissions de transport

[67] Il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink.

[68] L'alinéa 3(1)c) de la *British Columbia Transit Act* autorise le conseil d'administration de BC Transit [TRADUCTION] « à saisir des occasions d'affaires et à participer à des entreprises commerciales à l'égard de ces réseaux, ainsi que des biens et des ressources de la commission », sous réserve de l'approbation du ministre. L'alinéa 4(4)e) de la Loi dispose que le conseil d'administration

> [TRADUCTION] surveille l'administration de la commission [de transport] et peut [. . .] par voie de résolution [. . .] établir des règles relatives à l'exercice de ses activités . . .

[69] Le conseil d'administration de TransLink est investi d'un pouvoir semblable au par. 2(4) de la *Greater Vancouver Transportation Authority Act* :

> [TRADUCTION]
>
> **2**(4) La commission peut exploiter une entreprise et, notamment, conclure des contrats ou d'autres arrangements, prendre des règlements, adopter des résolutions, établir d'autres documents ou ester en justice sous un nom prescrit par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil, auquel cas la mesure est valable et lie la commission comme si elle l'avait prise sous son propre nom.

[70] Ainsi, les lois habilitantes confèrent au conseil d'administration de chacune des entités un pouvoir discrétionnaire étendu d'adopter des règles régissant l'exercice de ses activités, notamment la production de revenus pour le réseau de transport en commun grâce à la vente de publicité. En outre, suivant les documents versés au dossier, les politiques ont été [TRADUCTION] « adoptées après examen » par le conseil d'administration de chacune des deux

therefore appear to have been adopted in a formal manner.

[71] Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. In this case, TransLink is empowered to "establish rules" and to "enter into contracts", "adopt bylaws" and "pass resolutions". Bylaws and contracts are intended to bind. In the context of the enabling provisions, it follows that resolutions have the same binding effect as the other enumerated instruments.

[72] The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for "rules" laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word "law" for the purposes of s. 1 and will satisfy the "prescribed by law" requirement provided that they are sufficiently accessible and precise.

[73] In my view, the transit authorities' advertising policies are both accessible and precise. They are made available to members of the general public who wish to advertise on the transit authorities' buses, and they clearly outline the types of advertisements that will or will not be accepted. Thus, the limits on expression are accessible and are worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. The limits resulting from the policies are therefore legislative in nature and are "limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter.*

entités (dossier conjoint des appelantes, p. 179 et 326), de sorte qu'elles semblent avoir été adoptées de manière formelle.

[71] Il paraît logique que le législateur qui autorise l'adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. En l'espèce, TransLink peut [TRADUCTION] « établir des règles » et « conclure des contrats », « prendre des règlements » et « adopter des résolutions ». Règlements et contrats ont force obligatoire. Dans le contexte des dispositions habilitantes, on peut inférer que les résolutions ont la même force obligatoire que les autres instruments qui y sont énumérés.

[72] Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu'elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d'interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu'elles fixent des normes qui s'appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit » au sens de l'article premier et satisfont à l'exigence de la restriction « par une règle de droit » lorsqu'elles sont suffisamment accessibles et précises.

[73] À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport sont à la fois accessibles et précises. Elles peuvent être consultées par tout membre du grand public désireux de se servir des autobus des commissions de transport comme support publicitaire, et elles énoncent clairement quels genres de publicité sont acceptés ou non. Ainsi, les restrictions apportées à l'expression sont accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. Par conséquent, les politiques publicitaires sont de nature législative et des droits y sont restreints « par une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte.*

3.3.4 Are the Limits Justified in a Free and Democratic Society?

[74] The next step in the analysis is to determine whether the infringement is justified in a free and democratic society. The principles were set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. For ease of reference, I will now reproduce the text of the impugned policies once again:

POLICY:

. . .

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

. . .

Standards and Limitations

. . .

7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

. . .

9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

[75] The trial judge accepted, albeit with some hesitation, the transit authorities' submission that their policies had a sufficiently pressing and substantial objective of providing "a safe, welcoming public transit system" (para. 110). However, he went on to conclude that the policies were not rationally connected to the purported objective of ensuring safety, as it was doubtful that "the kind or extent of the controversy that might be provoked by such

3.3.4 Justification des restrictions dans une société libre et démocratique

[74] L'étape suivante consiste à déterminer si l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour faciliter leur consultation, je reproduis de nouveau le libellé des politiques attaquées :

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

. . .

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

. . .

Conditions et restrictions

. . .

7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

. . .

9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

[75] Le juge de première instance retient, quoique avec une certaine hésitation, la thèse des commissions de transport selon laquelle les politiques répondent à l'objectif suffisamment urgent et réel d'offrir [TRADUCTION] « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » (par. 110). Cependant, il conclut ensuite que les politiques des commissions de transport n'ont pas de lien rationnel avec le prétendu objectif de sûreté, puisqu'il est peu

advertisements could create a safety risk" (para. 114). He also found that the total ban on political and other advocacy advertising did not constitute a minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects (paras. 122 and 131). The Court of Appeal did not address this issue.

[76] I accept that the policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and that this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, like the trial judge, I am not convinced that the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are rationally connected to the objective. I have some difficulty seeing how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. It is not the political nature of an advertisement that creates a dangerous or hostile environment. Rather, it is only if the advertisement is offensive in that, for example, its content is discriminatory or it advocates violence or terrorism — regardless of whether it is commercial or political in nature — that the objective of providing a safe and welcoming transit system will be undermined.

[77] Had I found a rational connection between the objective and the limits imposed by articles 2, 7 and 9, I would nevertheless have concluded that the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents' interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression. The policies allow for commercial speech but prohibit all political advertising. In particular, article 2 of the policies limits the types of advertisements that will be accepted to "those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events", thereby excluding advertisements which communicate political messages. Article 7, on the other hand, refers

probable que [TRADUCTION] « la nature ou l'ampleur de la controverse susceptible d'être suscitée par les publicités présente un risque pour la sûreté » (par. 114). Il ajoute que l'exclusion totale de la publicité politique ou par ailleurs partisane ne porte pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression et que les avantages allégués de la restriction de la publicité ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables (par. 122 et 131). La Cour d'appel ne se prononce pas sur ce point.

[76] Je reconnais que les politiques ont été adoptées dans le but d'offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et qu'il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Toutefois, à l'instar du juge de première instance, je ne suis pas convaincue que l'exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 ait un lien rationnel avec l'objectif. J'ai du mal à concevoir que la présence d'un message politique sur le côté d'un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. Le caractère politique d'une publicité ne saurait créer un environnement dangereux ou hostile. Ce serait plutôt le caractère offensant du message — lorsque, par exemple, son contenu est discriminatoire ou incite à la violence ou au terrorisme, peu importe qu'il s'agisse d'une publicité commerciale ou politique — qui irait à l'encontre de l'objectif d'offrir un réseau de transport en commun sûr et accueillant.

[77] Si j'avais vu un lien rationnel entre l'objectif et les restrictions prévues aux articles 2, 7 et 9, je serais néanmoins arrivée à la conclusion que le moyen choisi pour réaliser l'objectif n'est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d'exercer leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* en diffusant leurs messages. La publicité commerciale est autorisée, mais pas la publicité politique. Plus particulièrement, l'article 2 de chacune des politiques prévoit que seule est acceptée la publicité [TRADUCTION] « qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics », écartant de ce fait celle qui transmet un message politique. L'article 7 renvoie pour sa part aux normes sociales reconnues pour déterminer si une publicité

to prevailing community standards as a measuring stick for whether an advertisement is likely "to cause offence to any person or group of persons or create controversy". While a community standard of tolerance may constitute a reasonable limit on offensive advertisements, excluding advertisements which "create controversy" is unnecessarily broad. Citizens, including bus riders, are expected to put up with some controversy in a free and democratic society. Finally, article 9 represents the most overt restriction on political advertisements, as it bans all forms of political content regardless of whether the message actually contributes to an unsafe or unwelcoming transit environment. In sum, the policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression.

[78] The fact that the limits are overbroad in the instant case does not mean that the government cannot limit speech in bus advertisements. It is clear from this Court's s. 1 jurisprudence on freedom of expression that location matters, as does the audience. Thus, a limit which is not justified in one place may be justified in another. And the likelihood of children being present matters, as does the audience's ability to choose whether to be in the place. In *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at paras. 93-94, one of the provisions at issue limited tobacco advertising that was appealing to young people or was published in places frequented or publications read by young people. This provision was held to be justified on the basis of the need to protect youths because of their vulnerability. In the criminal law context, this Court has held that the concept of indecency in the *Criminal Code* depends in part on location in that conduct that is indecent in one place may not be indecent in another more private place: *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728, at paras. 42-43; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at pp. 960-61.

[79] Thus, limits on advertising are contextual. Although we are not required to review the proposed

est susceptible [TRADUCTION] « d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse ». La norme socialement reconnue de la tolérance peut constituer un rempart raisonnable contre la publicité offensante, mais l'exclusion de toute publicité pouvant « susciter la controverse » a une portée trop grande. Dans une société démocratique, on s'attend des citoyens, y compris des usagers du transport en commun, qu'ils tolèrent un certain degré de controverse. Enfin, l'article 9 est celui qui écarte le plus explicitement la publicité politique. Il prohibe toute forme de contenu politique, que celui-ci compromette ou non la sûreté du transport en commun ou son caractère accueillant. En somme, une forme d'expression à laquelle est attaché un grand prix est exclue totalement d'un espace public qui constitue un important lieu d'expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression.

[78] La constatation du caractère excessif de la restriction en l'espèce ne signifie pas que le gouvernement ne peut pas limiter l'expression dans l'espace publicitaire d'un autobus. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier et à la liberté d'expression que le lieu importe, tout comme l'auditoire. La limite qui n'est pas justifiée à un endroit peut donc l'être dans un autre. La présence probable d'enfants ou le caractère volontaire ou non de la présence des gens comptent également. Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, l'une des dispositions en cause limitait la publicité du tabac destinée aux jeunes ou celle faite dans les lieux qu'ils fréquentaient ou dans les publications qu'ils lisaient. La Cour a conclu que la disposition était justifiée par la nécessité de protéger les jeunes en raison de leur vulnérabilité (par. 93-94). Dans le contexte pénal, elle a considéré que l'indécence au sens du *Code criminel* tenait en partie au lieu, c'est-à-dire que certains actes sont indécents à certains endroits, mais pas à d'autres, plus privés : *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 42-43; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, p. 960-961.

[79] La justification de limites apportées à la publicité tient donc au contexte. Nous ne sommes

standards, the Canadian Code of Advertising Standards, which is referred to in the transit authorities' advertising policies, could be used as a guide to establish reasonable limits, including limits on discriminatory content or on ads which incite or condone violence or other unlawful behaviour. Given that the transit authorities did not raise s. 1, however, the above comment is intended merely to provide guidance on what may be justified, but the determination of what is justified will depend on the facts in the particular case.

[80] In sum, advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(*b*) protection. I conclude that, to the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression.

4. Remedy

[81] In light of the conclusion that the impugned policies violate the respondents' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*, an appropriate remedy must be granted. The majority of the Court of Appeal declared that articles 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies were of "no force and effect". Prowse J.A. granted the declarations sought by the respondents either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* if the policies are "law" within the meaning of that section, or on the basis of s. 24(1) of the *Charter* if they are not, as she was satisfied that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass the remedy sought by the respondents. In this Court, BC Transit has not addressed the issue of remedy. As for TransLink, it briefly states, on the basis that the policies are not "law" for the purposes of s. 52(1) and that the respondents did not seek a declaration under

pas appelés à examiner les normes qu'il propose, mais le Code canadien des normes en publicité, auquel renvoient les politiques des commissions de transport, pourrait servir de guide pour établir des limites raisonnables, y compris en ce qui concerne le caractère discriminatoire d'une annonce publicitaire ou encore, la violence ou d'autres actes illégaux qui y sont encouragés ou tolérés. Cependant, comme les commissions de transport n'ont pas invoqué l'article premier, le commentaire qui précède ne vise qu'à offrir des repères pour déterminer ce qui est susceptible d'être justifié, toute décision à cet égard dépendant des faits de l'espèce.

[80] En somme, on recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2*b*). J'arrive à la conclusion que dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*).

4. Réparation

[81] Après avoir conclu que les politiques publicitaires des commissions de transport violent le droit des intimées garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*, il faut accorder la réparation qui s'impose. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont déclaré « inopérants » les articles 7 et 9 de ces politiques. La juge Prowse a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les intimées sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où chacune des politiques en cause constitue une « règle de droit » au sens de cet article, soit du par. 24(1) de la *Charte* dans le cas contraire, car elle était convaincue que le libellé de ce dernier paragraphe était assez général pour permettre l'octroi de la réparation demandée par les intimées. Devant notre Cour, BC Transit n'a pas abordé la question de la réparation. Pour sa part, TransLink indique brièvement qu'aucune réparation ne s'offre aux

s. 24(1) at trial, that no remedy is available to the respondents.

[82] McLachlin C.J., writing for a unanimous Court in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, stated that "[a] court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy" (para. 34). The question is whether the declaration ought to be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on s. 24(1) of the *Charter*.

4.1 *Choice Between Section 24(1) of the Charter and Section 52(1) of the Constitution Act, 1982*

[83] In *Ferguson*, McLachlin C.J. explained that remedies for *Charter* violations are governed by s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that each of them serves 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. [Emphasis in original; para. 61.]

[84] The respondents are challenging the constitutional validity of the impugned advertising policies. They do not seek a declaration that the transit authorities' decision to refuse to post their advertisements is of no force or effect. In other words, they are not challenging the validity of "government action" taken in administering a valid legislative

intimées parce que les politiques publicitaires ne sont pas des « règles de droit » au sens du par. 52(1) et, qu'au procès, les intimées n'ont pas sollicité de jugement déclaratoire en application du par. 24(1).

[82] Dans l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de tous les juges de la Cour, affirme que « [l]e tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la *Charte* a l'obligation d'accorder une réparation efficace » (par. 34). Reste à savoir si le jugement déclaratoire doit s'appuyer sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou sur le par. 24(1) de la *Charte*.

4.1 *Le choix entre le par. 24(1) de la Charte et le par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

[83] Dans l'arrêt *Ferguson*, la juge en chef McLachlin explique en outre que les réparations pouvant être accordées pour la violation d'un droit constitutionnel sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que chacune de ces dispositions a un objectif réparateur différent :

> 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 italique dans l'original; par. 61.]

[84] Les intimées contestent la constitutionnalité des politiques publicitaires. Elles ne sollicitent pas un jugement déclarant inopérant le refus des commissions de transport de diffuser leurs publicités. En d'autres mots, elles ne contestent pas la constitutionnalité d'« actes gouvernementaux » accomplis dans l'administration d'un régime législatif

scheme. Rather, the respondents are challenging the validity of the policies upon which the refusal was based, and therefore seek a declaration that the impugned policies themselves are of "no force or effect". On the face of the approach proposed by McLachlin C.J. in *Ferguson*, the question is whether the policies are "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. If they are, the remedy will lie in s. 52(1), not s. 24(1).

[85] Section 52(1) reads:

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.

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[86] Section 52(1) guarantees the supremacy of the Constitution of Canada. In order to ensure that supremacy, this Court has consistently espoused a broad interpretation of the concept of "law" in this context. In *Dolphin Delivery*, the Court held that s. 52(1) applies to the common law. In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, the majority held that an arbitrator had jurisdiction under s. 52(1) to remedy a *Charter* violation resulting from a provision of a collective agreement.

[87] The question, therefore, is whether binding policies of general application adopted by a government entity can be characterized as "law" for the purposes of s. 52(1). While the broad wording of s. 24(1) would appear to permit a declaration with an effect similar to that of one made under s. 52(1), it is more appropriate to deal with rules made by government entities under s. 52(1). There are two reasons for this. First, as this Court emphasized in *Ferguson*, it is important to deal with invalid "laws" under s. 52(1) and thereby ensure that inconsistent provisions are "not left on the books" (*Ferguson*, at paras. 65-66):

valide. Elles s'en prennent plutôt aux politiques qui fondent le refus et demandent donc qu'un jugement les déclare « inopérantes ». Selon l'approche proposée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Ferguson*, il faut se demander si chacune des politiques est une « règle de droit » pour les besoins du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'affirmative, la réparation reposera sur cette disposition, et non sur le par. 24(1).

[85] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est rédigé comme suit :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

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.

[86] Le paragraphe 52(1) garantit la suprématie de la Constitution du Canada, et afin d'assurer cette suprématie, la Cour a toujours interprété largement le terme « règle de droit » qui y est employé. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour a conclu que le libellé du par. 52(1) englobait la common law. Dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, les juges majoritaires ont statué que le par. 52(1) conférait à l'arbitre le pouvoir d'accorder réparation pour la violation d'un droit constitutionnel par une convention collective.

[87] Il faut donc déterminer si la politique obligatoire d'application générale adoptée par une entité gouvernementale peut être qualifiée de « règle de droit » aux fins du par. 52(1). Bien que le libellé général du par. 24(1) semble également permettre le prononcé d'un jugement déclaratoire dont l'effet est semblable à celui fondé sur le par. 52(1), il convient davantage de statuer sur les règles adoptées par une entité gouvernementale en fonction du par. 52(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Ferguson*, il est important de statuer sur une « règle de droit » invalide en application du par. 52(1) et de faire ainsi en sorte qu'une disposition incompatible ne demeure pas « en vigueur » (par. 65-66) :

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 . . . .

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). . . . [T]he 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*.

[88] Second, because the public law requirements for jurisdiction and standing under s. 52(1) are less strict, the possibility of someone seeking a declaration of constitutional invalidity of a law is stronger in terms both of the number of potential claimants and of the number of possible fora. A binding rule of general application is not an individualized form of government action like an adjudicator's decision or a decision by a government agency concerning a particular individual or a particular set of circumstances. Rules of general application can have wide-ranging effects, which means that the broader remedy is more appropriate than an individual remedy under s. 24(1).

[89] Ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*. I conclude, therefore, that the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*.

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 . . .

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 [. . .] [I]l 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*.

[88] Deuxièmement, au par. 52(1), les exigences moins strictes du droit public en ce qui concerne la compétence et la qualité pour agir accroissent la possibilité de faire invalider une règle de droit inconstitutionnelle eu égard au nombre de juridictions susceptibles d'être saisies et au nombre de personnes susceptibles d'intenter le recours. Une règle obligatoire d'application générale n'est pas un acte gouvernemental individualisé, comme la décision d'un arbitre ou d'un organisme gouvernemental visant une personne ou une situation en particulier. Une règle d'application générale peut avoir des répercussions à bien des égards, de sorte qu'une réparation de portée générale convient mieux qu'une réparation individuelle fondée sur le par. 24(1).

[89] L'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui sous-tend la suprématie de la *Charte*. Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par. 24(1) de la *Charte*.

4.2 *Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies*

[90] The transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. They were adopted by government entities pursuant to a rule-making power. On the facts of the case, the transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. In my view, the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and can therefore be declared of no force or effect to the extent of their inconsistency.

5. Conclusion

[91] I would dismiss the appeal with costs on the basis that the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression was violated by articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies. Accordingly, the Court of Appeal's order is varied by the addition of a declaration that article 2 is also inconsistent with the protection of freedom of expression guaranteed under the *Charter* and of no force and effect. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply, pursuant to section 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies?

Answer: Yes.

2. If so, do clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies infringe section 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4.2 *L'application des principes aux politiques des commissions de transport*

[90] Chacune des politiques des commissions de transport constitue clairement une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a été adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. En l'espèce, les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité.

5. Conclusion

[91] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens au motif que le droit à la liberté d'expression des intimées garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte* a été violé par les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport. L'ordonnance de la Cour d'appel est donc modifiée de façon qu'il y soit déclaré que l'article 2 est également incompatible avec la protection de la liberté d'expression prévue par la *Charte* et inopérant. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle, suivant son article 32, à l'article 2 et aux conditions et restrictions n^{os} 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, l'article 2 et les conditions et restrictions n^{os} 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport contreviennent-elles à l'alinéa 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[92] In order to raise revenues, the appellants sold advertising space on the outside of the buses they control. Pursuant to their separate but virtually identical advertising policies, they rejected the respondents' proposed advertisements on the ground that they conveyed "political" messages.

[93] I agree with Justice Deschamps that the appellants (the "Transit Authorities") are both "government entities" and therefore subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree as well that their advertising policies infringed the respondents' freedom of expression and thereby contravened s. 2(*b*) of the *Charter*. And finally, on the record before us, I agree that this infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

[94] With respect, however, I have followed a different and more direct route in concluding that the appellants' advertising policies contravene s. 2(*b*) of the *Charter*.

[95] My point of departure is this: In virtue of s. 2(*b*), freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is a freedom that extends to any activity that conveys or attempts to convey a meaning: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 969. But the *Charter* cannot have been intended to protect all expression, so broadly defined, at all times in every "space" or "place" under governmental control. Freedom of expression under

3. Dans l'affirmative, la contravention constitue-t-elle une restriction raisonnable apportée par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique par application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[92] Pour produire des recettes, les appelantes exploitaient l'espace publicitaire sur la partie extérieure de leurs autobus. Invoquant leurs politiques distinctes (mais pratiquement identiques) en la matière, elles ont refusé les annonces des intimées au motif que des messages « politiques » y étaient transmis.

[93] Je conviens avec la juge Deschamps que les appelantes (les « commissions de transport ») sont toutes deux des « entités gouvernementales » et qu'elles sont donc assujetties à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens également que leurs politiques publicitaires ont porté atteinte à la liberté d'expression des intimées et ainsi contrevenu à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Enfin, au vu du dossier, j'estime aussi que l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

[94] Avec égards, cependant, ma démarche est différente et se veut plus directe pour arriver à la conclusion que les politiques publicitaires des appelantes violent le droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[95] Mon point de départ est le suivant. Au Canada, l'al. 2*b*) confère à la liberté d'expression une protection constitutionnelle étendue mais non illimitée. Cette liberté vaut pour toute activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre une signification (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 969). Or, le législateur ne peut avoir voulu que la *Charte* protège toujours l'expression, aussi largement définie, dans tout « endroit » ou « espace » relevant de l'État.

s. 2(*b*) has therefore been made subject to limitation in two respects.

[96] The first can be conceptually characterized as "internal": Some forms of expression may be validly curtailed by government because they are inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(*b*) of the *Charter*. They are for that reason left unsheltered by its constitutional umbrella.

[97] This internal limit on freedom of expression consists in narrowly construed exceptions to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(*b*). Two recognized exceptions, or exclusions, are relied on by the Transit Authorities. One concerns expressive activity that would impose a *significant burden* on the government entity concerned; the other, expressive activity that is *manifestly incompatible* with the space or place where it is sought to be exercised. I shall later deal more fully with these exclusions; for the moment, it will suffice to say that neither applies in this case.

[98] Second, freedom of expression is subject to an "external" limitation as well: Even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter*, it may be validly curtailed in virtue of s. 1 pursuant "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". In this regard, I agree with Justice Deschamps that the appellants' impugned advertising policies do not pass constitutional muster. They may be properly characterized as a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1. As mentioned earlier, however, they are not demonstrably justified in a free and democratic society like our own.

[99] In short, the appellants' impugned advertising policies prevented the respondents from exercising the freedom of expression guaranteed to them by s. 2(*b*) of the *Charter*. This rejection of the respondents' proposed advertisements, moreover,

La liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) fait donc l'objet de deux limitations.

[96] La première peut être qualifiée d'« interne » sur le plan conceptuel. L'État peut limiter à bon droit certaines formes d'expression parce qu'elles sont intrinsèquement incompatibles avec l'objet et la raison d'être de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Telle est la raison pour laquelle elles sont exclues du giron constitutionnel.

[97] Cette limitation interne de la liberté d'expression s'entend d'exceptions interprétées strictement à la règle générale de la protection étendue que consacre l'al. 2*b*). Les commissions de transport invoquent deux exceptions (ou exclusions) reconnues. L'une vise l'activité expressive qui impose une *obligation substantielle* à l'entité gouvernementale en cause, et l'autre l'activité expressive qui est *manifestement incompatible* avec l'espace ou le lieu dans lequel elle est projetée. Je reviendrai plus en détail sur ces exceptions, mais pour le moment, il suffit de dire qu'aucune ne s'applique en l'espèce.

[98] En second lieu, la liberté d'expression fait également l'objet d'une limitation « externe ». Ainsi, même lorsqu'elle bénéficie de la protection prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, l'activité expressive peut, suivant l'article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Sur ce point, je conviens avec la juge Deschamps que les politiques publicitaires contestées ne résistent pas au contrôle constitutionnel. On peut à juste titre considérer qu'elles apportent une restriction établie « par une règle de droit » au sens de l'article premier. Toutefois, je le rappelle, la justification de cette restriction ne saurait se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[99] En somme, les politiques publicitaires des appelantes ont empêché les intimées d'exercer la liberté d'expression que leur garantissait l'al. 2*b*) de la *Charte*. Qui plus est, le refus opposé aux intimées n'a pas été qu'une *conséquence* des politiques

was not merely an *effect* of the restrictive advertising policies; rather, it was their very *purpose*.

[100] It is essentially on this basis that I would dismiss the appellants' appeal. And though it is apparent from what I have already said, I feel bound to state explicitly, from the outset, that I respectfully disagree with the analytical framework adopted by Justice Deschamps in circumscribing freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*.

[101] More particularly, I am unable to share my colleague's application in this case of the Court's decisions in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, and *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"). In my view, *Baier* rests on its own factual foundation and was not intended to break fresh constitutional ground. Again with respect, I find that my colleague's application of *City of Montréal* adds undue complexity to the constitutional analysis required under s. 2(*b*) of the *Charter*. It unnecessarily introduces as well real risks of "overinclusion" *and* "underinclusion", which are both best avoided.

II

[102] I turn now to consider the two internal limits on free speech invoked by the Transit Authorities: First, they argue that acceptance of the respondents' advertisements would subject them to a *significant burden*; second, they submit, in effect, that the proposed advertisements are *manifestly incompatible* with the space where the respondents wish them to appear — the sides of buses used for public transportation. As mentioned earlier, I am satisfied that neither exception applies in this case.

[103] The first exception concerns freedom of expression that cannot be respected without imposing on the government *a significant burden of assistance*, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. This

publicitaires restrictives, mais bien la réalisation de leur *objet* même.

[100] C'est essentiellement sur ce fondement que je suis d'avis de rejeter le pourvoi des appelantes. Mais avant de poursuivre, bien que cela ressorte des propos qui précèdent, j'estime nécessaire d'exprimer formellement mon désaccord avec le cadre d'analyse utilisé par la juge Deschamps pour circonscrire la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[101] Plus particulièrement, je ne puis souscrire à l'application qu'elle fait en l'espèce des arrêts *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »). À mon sens, le premier tient aux faits particuliers en cause et la Cour n'entendait pas y établir de nouveaux principes constitutionnels. Toujours avec égards, je trouve que l'application de l'arrêt *Ville de Montréal* par ma collègue complique indûment l'analyse constitutionnelle que commande l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elle crée inutilement un risque véritable de portée « trop large » *ou* « trop limitative », deux éventualités qu'il faut s'efforcer d'éviter.

II

[102] J'examine maintenant les deux limitations internes de la liberté d'expression invoquées par les commissions de transport. Premièrement, les appelantes font valoir que l'acceptation des annonces publicitaires des intimées leur aurait imposé une *obligation substantielle*. Deuxièmement, elles prétendent en effet que les publicités proposées sont *manifestement incompatibles* avec l'espace dans lequel les intimées veulent les insérer, à savoir les côtés de véhicules de transport en commun. Je le répète, je suis convaincu que ni l'une ni l'autre des exceptions ne s'appliquent dans la présente affaire.

[103] La première exception s'applique lorsque la liberté d'expression ne peut être respectée sans imposer à l'État *une obligation d'aide substantielle*, qu'il s'agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d'ordre législatif, réglementaire ou administratif.

internal limitation on constitutionally protected freedom of expression was recognized and applied by the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at paras. 25-26; and *Baier*.

[104] The "significant burden" exception is itself subject, however, to an exception that has no application here, but should nonetheless be noted for the sake of completeness: A significant burden *can* be imposed on government where the claimant meets the exacting criteria set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and particularly well summarized by Rothstein J. in *Baier*, at para. 27.

[105] The significant burden exception is firmly rooted in Canada's constitutional terrain. Under our system of government, the judiciary cannot be seen to direct the legislative branch to expend scarce public resources in order to satisfy *Charter* claims in a particular manner. Clearly, government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. The *Dunmore* exception to this general principle is limited, and essentially arises only where a fundamental right cannot otherwise be exercised.

[106] The significant burden exception responds as well to another important concern. Judges are ill-equipped to supervise the implementation of court orders that require complex and ongoing responses on the part of state actors. Any attempt to do so may well trench on the autonomy of the executive and legislative branches of government.

Cette limitation interne apportée au droit constitutionnel à la liberté d'expression a été reconnue et appliquée par la Cour dans les arrêts suivants : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 25-26; *Baier*.

[104] Or, l'exception de l'« obligation substantielle » fait elle-même l'objet d'une exception qui ne s'applique pas en l'espèce, mais qui mérite néanmoins d'être signalée par souci d'exhaustivité. Une obligation substantielle *peut* être imposée à l'État lorsque l'intéressé satisfait aux critères stricts de l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, que le juge Rothstein résume particulièrement bien dans l'arrêt *Baier*, au par. 27.

[105] L'exception de l'obligation substantielle est fermement enracinée dans le paysage constitutionnel canadien. Dans notre système de gouvernement, le pouvoir judiciaire ne peut enjoindre au pouvoir législatif de dépenser des fonds publics restreints pour donner suite d'une certaine manière à des demandes fondées sur la *Charte*. Certes, dépenses et mesures gouvernementales peuvent être entreprises d'innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l'appui de l'État. L'exception à ce principe général prévue dans l'arrêt *Dunmore* a une portée limitée et ne s'applique essentiellement que lorsqu'un droit fondamental ne peut être exercé sans un tel appui.

[106] L'exception de l'obligation substantielle tient également compte d'une autre préoccupation importante. Les tribunaux ne sont pas dotés des moyens nécessaires pour surveiller la mise en œuvre d'ordonnances judiciaires exigeant des mesures complexes et continues de la part d'acteurs gouvernementaux. Toute mesure prise néanmoins en ce sens pourrait bien entamer l'autonomie des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement.

[107] Justice Deschamps finds (at para. 30) that *Baier* established "the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(*b*) requires the government to extend an underinclusive means of, or 'platform' for, expression to a particular group or individual". According to my colleague (at para. 32), the same concern is not present in this case, because here the policies in question exclude a particular kind of expressive *content*, not a particular *group* of individuals. Since the concern in this case is content discrimination, not group underinclusion, *Baier* does not apply.

[108] With respect, as mentioned earlier, I would hesitate to ascribe to *Baier* a constitutional significance unsupported by its particular factual foundation. *Baier* affords no principled basis for permitting group discrimination in the freedom of expression analysis. And *Baier* provides no authority for the proposition that transit authorities (or other government actors) can refuse to accept *all* advertisements from a particular group but cannot refuse to publish *some* of the group's advertisements *because of their political content*. On any view of the matter, a purposive reading of s. 2(*b*) of the *Charter* hardly favours the exclusion of a particular group over the suppression of a particular message.

[109] Indeed, except artificially, it seems difficult to divorce content discrimination from group discrimination, since many groups are bound together by the content of their shared convictions or concerns — that is, by the "message" they aspire to communicate. To still the messenger is to suppress the message.

[110] Accordingly, unlike my colleague, I do not believe that *Baier* required the Transit Authorities "to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression" in issue here (reasons of Justice Deschamps, at para. 32 (emphasis added)). Nor do

[107] La juge Deschamps conclut au par. 30 de ses motifs que l'arrêt *Baier* établit « les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l'al. 2*b*) exige du gouvernement qu'il mette à la disposition d'une personne ou d'un groupe de personnes un mode d'expression ou une "tribune" dont l'accès est trop restreint ». Selon elle, le même souci n'est pas présent en l'espèce, car les politiques en cause excluent un type particulier de *contenu* expressif, et non un *groupe* de personnes (par. 32). Étant donné que la présente affaire porte sur la discrimination relative au contenu, et non sur l'exclusion d'un groupe, l'arrêt *Baier* ne s'applique pas.

[108] Avec égards, je le répète, j'hésite à attribuer à cet arrêt une importance constitutionnelle indépendante des faits particuliers qui le sous-tendent. La décision n'offre aucun fondement rationnel justifiant la discrimination à l'endroit d'un groupe de personnes dans le cadre de l'examen relatif à la liberté d'expression. Et on ne saurait l'invoquer à l'appui de la prétention selon laquelle les commissions de transport (ou d'autres acteurs gouvernementaux) peuvent refuser *toutes* les publicités d'un groupe en particulier, mais ne peuvent refuser *certaines* d'entre elles *en raison de leur teneur politique*. Peu importe le point de vue adopté, l'interprétation téléologique de l'al. 2*b*) de la *Charte* ne privilégie pas vraiment l'exclusion d'un groupe en particulier par rapport à la suppression d'un message donné.

[109] Il paraît en effet difficile, sauf de manière artificielle, de dissocier la discrimination relative à la teneur de celle visant un groupe, car de nombreux groupes sont liés entre eux par la teneur de leurs convictions ou de leurs préoccupations communes, c'est-à-dire par le « message » qu'ils aspirent à communiquer. Faire taire le messager c'est supprimer le message.

[110] Contrairement à ma collègue, je ne crois donc pas que, suivant l'arrêt *Baier*, les commissions de transport devaient « au moins prouver que les intimées n'avaient pas elles-mêmes accès au mode d'expression en cause » dans la présente affaire (motifs de la juge Deschamps, par. 32 (je souligne)).

I find a "positive rights analysis" helpful in this regard.

[111] Again with respect, I see no principled basis for restricting freedom of expression under the *Charter* according to whether the claim concerns a "means", a "platform" or a "statutory scheme". All three are equally subject to *Charter* scrutiny. Nor would I distinguish, in the present context, between "platforms", "forums", "spaces" and "places". Unless otherwise indicated, or the context otherwise requires, no one term is meant to exclude the others.

[112] Moreover, not every claim can be comfortably shoehorned into one preconceived slot or another: As this case demonstrates, it is not always apparent whether a particular claim seeks access to a "public space", to a government-created "platform", or to a "statutory scheme". Nor is it easy to draw explicit and conclusive distinctions between the "means", "form", or "content" of a disputed expressive activity: see Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1181-82.

[113] I think it preferable to ask instead whether the respondents' claim would impose on the Transit Authorities a significant burden of assistance, as earlier defined, or otherwise involves expression that is excluded by a recognized exception from the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter*.

[114] The "significant burden" criterion provides a pragmatic and functional standard that responds well to constitutional concerns regarding the scope of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. And it is firmly rooted in prior decisions of the Court.

[115] Here, the Transit Authorities complain of four "active steps" that the respondents' claim would compel them to take: The rewriting of their

Je n'estime pas non plus que l'analyse sous l'angle de la « revendication d'un droit positif » soit utile à cet égard.

[111] Par ailleurs, je ne vois pas de fondement rationnel au fait de moduler la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression selon que la revendication vise un « mode » d'expression, une « tribune » ou un « régime législatif ». Tous trois sont assujettis aux exigences de la *Charte*. Dans le présent contexte, je ne fais pas non plus de distinction entre « tribune », « espace » et « lieu ». Sauf indication contraire ou lorsque le contexte commande qu'il en aille autrement, aucun de ces éléments n'est censé exclure les autres.

[112] De plus, toute demande ne s'insère pas aisément dans une catégorie préétablie. La présente affaire montre bien qu'il n'est pas toujours patent qu'une demande donnée vise l'accès à un « espace public », à une « tribune » créée par l'État ou à un « régime législatif ». Il n'est pas non plus facile de faire des distinctions explicites et décisives entre le « mode », la « forme » et la « teneur » de l'activité expressive en cause : se reporter aux motifs du juge Lamer dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1181-1182.

[113] Je suis d'avis qu'il faut plutôt déterminer si acquiescer à la demande des intimées imposerait aux commissions de transport une obligation d'aide substantielle — au sens établi précédemment — ou si la demande met par ailleurs en cause une expression faisant jouer une exception reconnue à l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[114] Le critère de l'« obligation substantielle » constitue une norme pragmatique et fonctionnelle qui tient dûment compte des préoccupations constitutionnelles liées à l'étendue de la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Qui plus est, il est solidement ancré dans la jurisprudence de notre Cour.

[115] En l'espèce, les commissions de transport s'élèvent contre quatre « mesures concrètes » qu'il leur faudrait prendre pour donner suite à la

advertising policy; the negotiation of new advertising contracts; the production and installation of the advertisements; and the provision of space and maintenance. I am satisfied that these four "active steps", individually or cumulatively considered, do not impose on the Transit Authorities a *significant burden* within the meaning of that phrase in the context of a s. 2(*b*) claim under the *Charter*.

[116] This is a case where the appellants have denied the respondents access to a commercial advertising programme already in place. Little change is needed to remove the infringing restrictions complained of by the respondents. In any event, contrary to the appellants' submission, a claim under the *Charter* can hardly be defeated on the ground that the infringing law or policy would have to be modified in order to end the infringement.

[117] The three other "active steps" invoked by the Transit Authorities are all entirely routine tasks which they already perform (or delegate to a third-party media company) on a regular basis in the normal course of their advertising programmes. They require no meaningful expenditure of funds — on the contrary, removing the impugned restriction would *increase* the appellants' advertising revenues. They require no new operating initiatives of significance. And they involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as "burdensome".

[118] I would therefore reject the appellants' submission that the respondents' claim would impose a significant burden on them and is therefore unprotected by the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*.

III

[119] The appellants rely as well on a second exception to the freedom of expression guaranteed

demande des intimées : la révision de leur politique publicitaire, la négociation de nouveaux contrats de publicité, la production et la mise en place des publicités et l'offre d'espace et d'entretien. Je suis convaincu que, considérées individuellement ou ensemble, ces quatre « mesures concrètes » n'imposent pas aux commissions de transport une *obligation substantielle* au sens indiqué précédemment pour les besoins de l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[116] En l'espèce, les appelantes ont refusé aux intimées l'accès à un programme de publicité commerciale déjà existant. La suppression des restrictions attentatoires contestées par les intimées requiert peu de modifications. Quoi qu'il en soit, contrairement à ce que prétendent les appelantes, une demande fondée sur la *Charte* ne saurait être rejetée au motif que la loi ou la politique contestée devrait être modifiée pour ne plus être attentatoire.

[117] Les trois autres « mesures concrètes » invoquées par les commissions de transport correspondent toutes à des tâches tout à fait banales qu'elles accomplissent déjà (ou qu'elles délèguent à une entreprise spécialisée) périodiquement dans le cours normal de leurs activités publicitaires. Elles n'exigent pas de dépenses importantes — au contraire, la suppression de la restriction ferait *s'accroître* les recettes publicitaires des appelantes. Elles ne nécessitent pas de changements importants sur le plan de l'exploitation. Et elles n'impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d'expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ».

[118] Je suis donc d'avis de rejeter la prétention des appelantes selon laquelle faire droit à la demande des intimées leur imposerait une obligation substantielle, de sorte que l'expression en cause ne bénéficierait pas de la protection prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

III

[119] Les appelantes invoquent en outre une seconde exception à la liberté d'expression garantie

by s. 2(*b*) of the *Charter*. Essentially, they submit that the rejected advertisements are manifestly incompatible, on account of their "political" messages, with the function or purpose of the appellants' programme permitting advertisements on the sides of their buses.

[120] One of the advertising policies adopted by both appellants states:

> 2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

[121] The addition of political messages to these broad and diverse categories of permitted advertisements cannot reasonably be thought to undermine the function or purpose of the sides of buses made publicly accessible by the Transit Authorities for paid advertising. Advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone *manifestly* incompatible — with a commercial and public service advertising facility of that sort. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the Transit Authorities cannot, without infringing s. 2(*b*) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law.

[122] Moreover, the purpose or function of the "space", "place" or "platform" where freedom of expression has been restricted is for the courts to ascertain, and not for government entities to unilaterally and finally determine. Depending on the circumstances, the relevant purpose or function will be established by reference to its current or ordinary use, to historical and traditional practice, to reasonable public expectations, to clear government intent, and to other like considerations. In this case, the acknowledged purpose of the scheme for advertising on the sides of buses is to raise revenue. And the function of the buses themselves is safe, clean, and orderly transportation. But in neither respect

à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles font essentiellement valoir qu'en raison de leurs messages « politiques », les publicités qu'elles ont refusées étaient manifestement incompatibles avec la fonction ou la raison d'être de leur programme autorisant la réclame sur les côtés des autobus.

[120] Voici l'une des dispositions des politiques publicitaires des appelantes :

[TRADUCTION]

> 2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

[121] On ne saurait raisonnablement voir dans l'adjonction du message politique à ces catégories générales et variées de publicité autorisée une mise à mal de la fonction ou de la raison d'être des côtés d'autobus que les commissions de transport mettent généralement à la disposition des annonceurs payants. La publicité renfermant un message politique n'est pas incompatible — et encore moins *manifestement* incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique de ce genre. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l'expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d'expression par ailleurs légale.

[122] En outre, il appartient aux tribunaux de déterminer la raison d'être ou la fonction de l'« espace », du « lieu » ou de la « tribune » où la liberté d'expression fait l'objet d'une limitation; ce n'est pas aux entités gouvernementales de le faire unilatéralement et définitivement. Selon les circonstances, la raison d'être ou la fonction sera établie au regard de différentes considérations, dont l'utilisation actuelle ou habituelle, la pratique antérieure et traditionnelle, les attentes raisonnables du public et l'intention claire du gouvernement. En l'occurrence, la raison d'être reconnue de la publicité sur les côtés des autobus est la production de recettes. Et la fonction de l'autobus lui-même est le

is there an obvious incompatibility with political advertisements.

[123] On the contrary, permitting political advertising would serve *the very purpose for which the sides of buses were made generally and publicly accessible for a price* — to raise revenue. And there is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. If there is some other objective in limiting political advertisements that is not related to these functions and purposes of the transit system and the advertising scheme, it should fall to be considered at the s. 1 justification stage of a challenge under s. 2(*b*) of the *Charter.*

[124] Unlike Justice Deschamps (at paras. 37-47), I do not believe that *all* expressive activity attracts s. 2(*b*) protection in every government-controlled place or forum where one would expect "free expression" to be protected. In my respectful view, freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* cannot be characterized as an "all or nothing" proposition. The constitutional inquiry on a s. 2(*b*) challenge should instead focus on whether the *particular* expressive activity that has been restricted by a governmental entity enjoys protection in the space, place or forum concerned.

[125] This will preclude overinclusion in some cases and underinclusion in others. Expressive activity that is in form or content manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question would otherwise be "piggy-backed" into the protected zone by expressive activity that is not manifestly incompatible. Conversely, a meritorious claim of infringement would be doomed by the exclusion of any expressive activity that lies outside the protected zone.

[126] For Justice Deschamps (at para. 40), "content is not relevant to the determination of the function of a place". My colleague's view may be

transport sûr, efficace et sans heurts. Aucun de ces éléments n'est manifestement incompatible avec la publicité à caractère politique.

[123] Au contraire, permettre la publicité politique serait dans le droit fil de *la raison même pour laquelle les côtés des autobus sont généralement mis à la disposition du public moyennant finances*, à savoir la production de recettes. Il n'y a pas non plus de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. Tout autre objectif de l'exclusion de la publicité politique qui est étranger à ces fonctions et raisons d'être du système de transport et du service publicitaire doit être considéré à l'étape de la justification au regard de l'article premier pour les besoins d'une contestation fondée sur l'al. 2*b*) de la *Charte.*

[124] Contrairement à la juge Deschamps (par. 37-47), je ne crois pas que *toute* activité expressive bénéficie de la protection constitutionnelle en tout lieu ou à toute tribune relevant de l'État où l'on s'attendrait à la protection de la « liberté d'expression ». Avec égards, on ne peut considérer l'application de la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte* dans une optique de « tout ou rien ». L'analyse constitutionnelle fondée sur cet alinéa doit plutôt s'attacher à la question de savoir si l'activité expressive *particulière* que l'entité gouvernementale a restreinte jouit d'une protection dans l'espace, le lieu ou la tribune en cause.

[125] Pareille démarche permet d'éviter que la portée accordée soit trop grande dans certains cas et trop restreinte dans d'autres. Sinon, l'activité expressive dont la forme ou la teneur est manifestement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en question réintégrerait le champ de la garantie grâce à l'activité expressive non manifestement incompatible. À l'inverse, une allégation de violation fondée serait vouée à l'échec par l'exclusion de toute activité expressive non comprise dans le champ de la garantie.

[126] Pour la juge Deschamps, « le contenu n'est pas pertinent pour la détermination de la fonction d'un lieu » (par. 40). On peut penser que son point

thought to rest on *Irwin Toy*, where the Court stated (at p. 969):

> We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee.

[127] The issue in *Irwin Toy*, however, was whether the expressive content in question (commercial advertising directed at children) could be restricted generally, *in any location.*

[128] Here, on the other hand, the question is whether the expression is required to be permitted in a particular space. And that question is best answered by determining whether the infringed expressive activity (advertisements with a political message) is manifestly incompatible with the purpose and function of the space in question (the sides of buses open to commercial and public service advertising generally). If it is, s. 2(*b*) protection will be denied, exactly as it would be under the test favoured by Justice Deschamps, but without any need to resort to a complex variation of the test adopted in another context in *City of Montréal.*

[129] The *manifestly incompatible* test is, moreover, entirely consistent with the Court's conclusions in prior public space expression cases, notably *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, and *City of Montréal.*

[130] I think it important to emphasize that expressive activity will fall outside the protected zone of s. 2(*b*) only if it is *manifestly* incompatible with the purpose or function of the space in question. Where the alleged incompatibility is not manifest, the infringed expressive activity falls within the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter.* It would remain open to the government, of course, to establish that the infringement

de vue prend appui sur l'arrêt *Irwin Toy*, dans lequel notre Cour dit ce qui suit (p. 969) :

> Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

[127] Or, dans cette affaire, la question était de savoir si le contenu expressif en cause (la publicité commerciale destinée aux enfants) pouvait être restreint généralement, *n'importe où.*

[128] En l'espèce, par contre, il faut déterminer si l'expression doit être autorisée dans un espace en particulier. La meilleure démarche pour le faire consiste à se demander si l'activité expressive à laquelle il est porté atteinte (la publicité comportant un message politique) est manifestement incompatible avec la raison d'être et la fonction de l'espace qui, sur le côté d'un autobus, est réservé à la publicité de nature commerciale ou publique en général. Dans l'affirmative, la protection prévue à l'al. 2*b*) sera refusée, précisément comme elle l'est en application du critère privilégié par la juge Deschamps, sans qu'il y ait besoin de recourir à une variante complexe du test retenu dans un autre contexte dans l'arrêt *Ville de Montréal.*

[129] De plus, le critère axé sur le caractère *manifestement incompatible* est en parfaite adéquation avec les conclusions tirées par la Cour dans d'autres affaires relatives à l'expression dans un endroit ou un espace publics, particulièrement dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, et *Ville de Montréal.*

[130] Il me paraît important d'insister sur le fait que la protection de l'al. 2*b*) ne sera refusée à l'activité expressive que lorsque celle-ci sera *manifestement* incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en cause. Lorsque l'incompatibilité alléguée n'est pas manifeste, l'activité expressive visée par l'atteinte bénéficie de la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte.* Il demeure évidemment loisible à l'État de démontrer que

is constitutionally permissible, under s. 1 of the *Charter*, as a limitation that is imposed by law and demonstrably justified in a free and democratic society such as ours.

[131] But where the alleged incompatibility *is* manifest, the matter should be disposed of at the s. 2(*b*) stage of the analysis. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided, as the *Charter* cannot possibly have been intended to invite litigation in such obvious cases.

[132] As Peter W. Hogg suggests, "If the courts give to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court will relax the standard of justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right" (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), at p. 116).

[133] By extending to manifestly incompatible expressive activity the freedom of expression guaranteed under s. 2(*b*) of the *Charter*, we would in this way lower the justification threshold under s. 1. And unnecessarily obliging the government to resort to s. 1 would unduly proliferate statutory and regulatory restrictions on freedom of expression, invite hopeless claims of infringement, and lengthen and complicate trials.

[134] Finally, I do not wish to be taken to suggest that the *significant burden* and the *manifest incompatibility* exceptions invoked by the appellants are the only expressive activities that fall outside the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter*. At least two other exceptions need to be noted.

[135] I have already alluded (at para. 121) to one: Expressive activity restricted by a government actor on the basis that it is prohibited under a statute that is not constitutionally challenged. Thus, for

l'atteinte est constitutionnelle au regard de l'article premier de la *Charte*, s'agissant d'une restriction par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[131] Mais lorsque l'incompatibilité alléguée *est* manifeste, il convient de trancher à l'étape de l'analyse fondée sur l'al. 2*b*). L'État ne devrait pas être strictement tenu d'apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu'elle vise un type d'expression qui est si clairement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace offert, car le législateur ne saurait avoir voulu que la *Charte* soit invoquée dans un cas aussi patent.

[132] Comme le laisse entendre Peter W. Hogg, [TRADUCTION] « s'ils reconnaissent à un droit garanti une portée qui va au-delà de sa raison d'être, les tribunaux assoupliront inévitablement la norme de justification au regard de l'article premier afin de valider la loi qui restreint le droit en question » (*Constitutional Law of Canada* (5^{e} éd. 2007), p. 116).

[133] Accorder à l'activité expressive manifestement incompatible la protection que l'al. 2*b*) de la *Charte* prévoit à l'égard de la liberté d'expression abaisserait le degré de justification requis pour les besoins de l'article premier. Et obliger ainsi le gouvernement à invoquer inutilement l'article premier multiplierait indûment les mesures législatives et réglementaires restreignant la liberté d'expression, susciterait de vaines allégations d'atteinte et accroîtrait la durée et la complexité des procès.

[134] Enfin, je ne voudrais pas que l'on conclut de mes propos que les exceptions de l'*obligation substantielle* et de l'*incompatibilité manifeste* invoquées par les appelantes correspondent aux seules activités expressives ne bénéficiant pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Au moins deux autres exceptions méritent d'être signalées.

[135] J'ai déjà fait allusion à l'une d'elles au par. 121 : l'activité expressive qu'un acteur gouvernemental restreint au motif qu'elle est interdite par une loi dont la constitutionnalité n'est pas contestée.

example, the appellants could properly refuse to carry on the sides of their buses an advertisement seeking donations to a designated terrorist organization, in violation of s. 83.02 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[136] Likewise, expression may be excluded from the scope of s. 2(*b*) protection solely because its form is unprotected, as in the case of expression by means of violence: see *Irwin Toy*, at p. 970; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 733 and 829; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 105. Beyond the example of violence, the majority in *Irwin Toy* did not delineate precisely what other forms of expression will be unprotected under this rubric. And it would be inappropriate to attempt to do so here, since this exception is not at issue in this case.

[137] I would also leave for another day the relevance, on a s. 2(*b*) challenge, of the American distinction between limitations on "subject matter" and limitations on "viewpoint": see, for example, *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Our concern here is with a restriction on *all* political messages, and I have dealt with the issues in that light.

IV

[138] For all of these reasons, I agree with Justice Deschamps that the appellants' impugned advertising policies infringed the respondents' freedom of expression and thereby contravened s. 2(*b*) of the *Charter*.

[139] And I agree as well that the appellants' advertising policies constitute a limitation prescribed by "law" within the meaning of s. 1; that the appellants have not demonstrated that the infringing provisions of their advertising policies are demonstrably justified in a free and democratic society such as ours; and that the respondents are therefore entitled, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to a declaration that

Ainsi, par exemple, les appelantes pourraient à juste titre refuser d'afficher sur les côtés de leurs autobus une annonce sollicitant des dons à une organisation terroriste reconnue comme telle, contrairement à l'art. 83.02 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[136] De même, une expression peut être exclue de la portée de l'al. 2*b*) uniquement parce qu'elle revêt une forme non protégée, notamment lorsqu'il y a recours à la violence : voir les arrêts *Irwin Toy*, p. 970; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 733 et 829; et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 105. Hormis l'expression violente, dans l'arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires ne donnent pas d'exemples d'expression non protégée à cause de sa forme. Il serait inopportun de le faire dans la présente espèce puisque cette exception n'est pas invoquée.

[137] Le pourvoi ne se prête pas non plus à l'examen de la pertinence, dans le cadre d'une contestation prenant appui sur l'al. 2*b*), de la distinction américaine entre la restriction visant le « sujet » et celle visant le « point de vue » : voir, p. ex., *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). La restriction considérée dans la présente affaire vise *tout* message politique, et je me suis prononcé sur les questions en litige en conséquence.

IV

[138] Pour tous ces motifs, je conviens avec la juge Deschamps que par leurs politiques publicitaires, les appelantes ont porté atteinte à la liberté d'expression des intimées et contrevenu de ce fait à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[139] J'estime également que les politiques publicitaires constituent une restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier, que les appelantes n'ont pas établi que les dispositions attentatoires de leurs politiques pouvaient se justifier dans une société libre et démocratique comme la nôtre et que les intimées ont donc droit, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à un jugement déclarant inopérantes les politiques

the appellants' advertising policies, to the extent of their inconsistency with s. 2(*b*), are of no force or effect.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority: David F. Sutherland & Associates, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Transit: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitors for the intervener the Adbusters Media Foundation: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson Lundell, Vancouver.

publicitaires des appelantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'al. 2*b*).

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority : David F. Sutherland & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'appelante British Columbia Transit : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées : Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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

Procureurs de l'intervenante Adbusters Media Foundation : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Lawson Lundell, Vancouver.

Donnohue Grant *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of British Columbia, Canadian Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* GRANT

Neutral citation: 2009 SCC 32.

File No.: 31892.

2008: April 24; 2009: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Encounter between accused and police going from general neighbourhood policing to situation where police effectively took control over accused and attempted to elicit incriminating information — Whether police conduct would cause a reasonable person in accused's position to conclude that he or she was not free to go and had to comply with police demand — Whether accused arbitrarily detained — Whether accused's right to counsel infringed — Meaning of "detention" in ss. 9 and 10 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Firearm discovered as result of accused's statements taken in breach of his right against arbitrary detention and right to counsel — Firearm admitted into evidence at trial and accused convicted of five firearms offences — Whether admission of firearm bringing administration of justice into

Donnohue Grant *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* GRANT

Référence neutre : 2009 CSC 32.

N° du greffe : 31892.

2008 : 24 avril; 2009 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Contact entre l'accusé et les policiers relevant de services de police communautaire devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers — La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à la sommation de la police? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — A-t-il été porté atteinte au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Sens du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Arme à feu découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de ses droits de ne pas être détenu arbitrairement et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Arme à feu utilisée en preuve au procès et accusé déclaré coupable de cinq infractions relatives

disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Firearms — Possession of firearm for purposes of weapons trafficking — Whether simple movement of firearm from one place to another without changing hands amounts to weapons trafficking — Meaning of "transfer" of weapon for purposes of ss. 84, 99 and 100 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

Three police officers were on patrol for the purposes of monitoring an area near schools with a history of student assaults, robberies, and drug offences. W and F were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. G was in uniform and driving a marked police car. The accused, a young black man, was walking down a sidewalk when he came to the attention of W and F. As the two officers drove past, the accused stared at them, while at the same time fidgeting with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. W and F suggested to G that he have a chat with the approaching accused to determine if there was any need for concern. G initiated an exchange with the accused, while standing on the sidewalk directly in his intended path. He asked him what was going on, and requested his name and address. At one point, the accused, behaving nervously, adjusted his jacket, which prompted the officer to ask him to keep his hands in front of him. After a brief period observing the exchange from their car, W and F approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the accused as police officers by flashing their badges, and took up positions behind G, obstructing the way forward. G then asked the accused whether he had anything he should not have, to which he answered that he had "a small bag of weed" and a firearm. At this point, the officers arrested and searched the accused, seizing the marijuana and a loaded revolver. They advised him of his right to counsel and took him to the police station.

At trial, the accused alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge found no *Charter* breach and admitted the firearm. The accused was convicted of five firearms offences. The Court of Appeal upheld the convictions for different reasons. It concluded that a detention had crystallized during

aux armes à feu — L'utilisation de l'arme à feu est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être exclus — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic — Le simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre sans qu'elle change de mains équivaut-il à du trafic d'armes? — Sens du mot « cession » d'une arme à feu pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

Trois policiers patrouillaient pour surveiller un secteur où se trouvent des écoles et où, par le passé, des agressions, des infractions relatives aux drogues et des vols avaient été commis à l'endroit d'élèves. W et F étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. G était en uniforme et conduisait une voiture de police. L'accusé, un jeune homme de race noire, marchait sur un trottoir quand il a attiré l'attention de W et de F. Au moment où les deux policiers le dépassaient en voiture, l'accusé les a dévisagés tout en tripotant son blouson et son pantalon, de telle sorte qu'il a éveillé leurs soupçons. W et F ont suggéré à G d'avoir une conversation avec l'accusé qui approchait de lui pour déterminer s'il y avait lieu de s'inquiéter. G a commencé à parler avec l'accusé tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé ce qui se passait, ainsi que son nom et son adresse. Puis, l'accusé a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de garder ses mains devant lui. Après avoir observé l'échange depuis leur voiture pendant une courte période, W et F se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'accusé leur insigne de police et se sont placés derrière G, bloquant ainsi le chemin. G a ensuite demandé à l'accusé s'il avait quelque chose sur lui qu'il ne devrait pas avoir, ce à quoi l'accusé a répondu, « un petit sac de pot » et une arme à feu. À ce moment-là, les policiers ont arrêté et fouillé l'accusé, puis ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils l'ont alors informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

Au procès, l'accusé a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 ainsi que par l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* avaient été violés. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte* et a admis l'arme à feu en preuve. L'accusé a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu. La Cour d'appel

the conversation with G, before the accused made his incriminating statements, and that the detention was arbitrary and in breach of s. 9 of the *Charter*. However, it held that the gun should be admitted into evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The court agreed with the trial judge that the accused's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in the *Criminal Code*, and that this justified the conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking.

Held: The appeal should be allowed on the trafficking charge and an acquittal entered. The appeal should be dismissed on all other counts.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: Existing jurisprudence on the issues of detention and exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. It is the duty of the Court, without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. [3]

Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with a restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors: (a) the circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual; (b) the nature of the police conduct; and (c) the particular characteristics or circumstances of the individual where relevant. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal

a maintenu les déclarations de culpabilité pour divers motifs. Elle a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec G, avant que l'accusé ne fasse les déclarations incriminantes, et que la détention était arbitraire et avait porté atteinte au droit garanti par l'art. 9 de la *Charte*. Cependant, elle a conclu, après avoir procédé à l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte*, que le revolver devait être admis en preuve. La cour était d'accord avec le juge du procès pour dire que le transport du revolver d'un endroit à un autre par l'accusé entrait dans la définition de « cession » énoncée au *Code criminel* et que cela justifiait la déclaration de culpabilité pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli quant au chef de trafic et un acquittement est inscrit à cet égard. Le pourvoi est rejeté quant à tous les autres chefs.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella et Charron : La jurisprudence relative à la détention et à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, la Cour doit jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. [3]

La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants : a) les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir; b) la nature de la conduite des policiers; et c) les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence. Pour répondre à la question de savoir s'il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu'il s'est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est

principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual's right to choose, and conduct that does not. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law. [32] [43-44]

In this case, the accused was detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before being asked the questions that led him to disclose his possession of the firearm. The encounter began with G approaching the accused and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. G then told the accused to keep his hands in front of him. While this act, in isolation, might be insufficient to indicate detention, consideration of the entire context of what transpired from that point forward leads to the conclusion that the accused was detained. Two other officers approached, flashed their badges and took tactical adversarial positions behind G, who began to engage in questioning driven by, and indicative of, focussed suspicion of the accused. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to the accused to keep his hands in front of him reasonably supports the conclusion that the officers were putting him under their control and depriving him of his choice as to how to respond. At this point, the accused's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention. The encounter took on the character of an interrogation, going from general neighbourhood policing to a situation where the police had effectively taken control over the accused and were attempting to elicit incriminating information. Although G's questioning was respectful, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by the accused's youth and inexperience. Because the test is an objective one, the fact that the accused did not testify as to his perceptions of the interaction is not fatal to his argument that there was a detention. The evidence supports his contention that a reasonable person in his position would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct. [45] [47-52]

The evidence of the firearm was obtained in a manner that breached the accused's rights under ss. 9 and 10(*b*) of the *Charter*. An unlawful detention is necessarily arbitrary, in violation of s. 9. The officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or a

libre de partir. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l'espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit. [32] [43-44]

En l'espèce, l'accusé était en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu. Le contact a débuté lorsque G a abordé l'accusé et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. G a ensuite dit à l'accusé de garder ses mains devant lui. Certes, pris isolément, on pourrait considérer que ce geste est insuffisant pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé porte à conclure que l'accusé a été mis en détention. Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière G, qui a commencé à poser des questions procédant et témoignant de soupçons dont l'accusé était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre donné à l'accusé permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'accusé sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir. À ce stade, la liberté de l'accusé était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention. Le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers. Même si G s'est montré respectueux en posant ses questions, l'interpellation était intrinsèquement intimidante. La jeunesse et l'inexpérience de l'accusé ont sans aucun doute accentué l'inégalité du rapport de force. Comme le test est de nature objective, le fait que l'accusé n'ait pas témoigné quant à sa perception de ce qui se passait ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. La preuve étaye son affirmation qu'une personne raisonnable placée dans sa situation aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir. [45] [47-52]

Le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 9 et par l'al. 10*b*) de la *Charte*. Une détention illégale est nécessairement arbitraire et interdite par l'art. 9. Les policiers ont reconnu au procès qu'ils n'avaient pas de

reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. Therefore, the detention was arbitrary. The police also failed to advise the accused of his right to speak to a lawyer before the questioning that led to the discovery of the firearm. The right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. [11] [55] [57-58]

The criteria relevant to determining when, in "all the circumstances", admission of evidence obtained by a *Charter* breach "would bring the administration of justice into disrepute" must be clarified. The purpose of s. 24(2), as indicated by its wording, is to maintain the good repute of the administration of justice. Viewed broadly, the term "administration of justice" embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole. The phrase "bring the administration of justice into disrepute" must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. While exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism, s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2)'s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system. Section 24(2)'s focus is also societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. [66-70]

When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the

motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l'accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. La détention était donc arbitraire. En outre, les policiers ont omis d'informer l'accusé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat avant l'interrogatoire qui a mené à la découverte de l'arme à feu. Le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d'enquête. [11] [55] [57-58]

Il faut clarifier les facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ». Le paragraphe 24(2), comme l'indique son libellé, vise à préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Considérée de façon générale, l'expression « administration de la justice » englobe le maintien du principe de la primauté du droit et des droits garantis par la *Charte* dans l'ensemble du système de justice. L'expression « déconsidérer l'administration de la justice » doit être prise dans l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l'exclusion d'éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n'en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l'objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l'appréciation de l'effet à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'objet du par. 24(2) n'est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L'existence d'une violation de la *Charte* signifie que l'administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice. Le paragraphe 24(2) a aussi un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l'accusé, il a plutôt une portée systémique. [66-70]

Le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet de l'utilisation des éléments de preuve sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État, (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé

accused, and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. At the first stage, the court considers the nature of the police conduct that infringed the *Charter* and led to the discovery of the evidence. The more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law. The second stage of the inquiry calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the infringed right. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. At the third stage, a court asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence or by its exclusion. Factors such as the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case should be considered at this stage. The weighing process and the balancing of these concerns is a matter for the trial judge in each case. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

Here, the gun was discovered as a result of the accused's statements taken in breach of the *Charter*. When the three-stage inquiry is applied to the facts of this case, a balancing of the factors favours the admission of the derivative evidence. The *Charter*-infringing police conduct was neither deliberate nor egregious and there was no suggestion that the accused was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions, but the point at which an encounter becomes a detention is not always clear and the officers' mistake in this case was an understandable one. Although the impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, it was not at the most serious end of the scale. Finally, the gun was highly reliable evidence and was essential to a determination on the merits. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, when all these concerns are weighed, the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on the accused's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on

garantis par la *Charte* et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Lorsqu'il se penche sur le cadre du premier volet, le tribunal examine la nature de la conduite de la police qui a porté atteinte aux droits protégés par la *Charte* et mené à la découverte des éléments de preuve. Plus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l'État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme. Le deuxième volet de l'examen impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiétement sur ces intérêts. Dans le cadre du troisième volet, la cour se demande si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve. À ce stade, le tribunal prend en compte les facteurs telles la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Lorsque le juge du procès a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue. [71-72] [76-77] [79] [86] [127]

En l'espèce, l'arme a été découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de la *Charte*. Dans le cadre de l'application aux faits de l'espèce de l'examen en trois volets, la mise en balance des facteurs milite en faveur de l'utilisation des éléments de preuve dérivée. La conduite policière contraire à la *Charte* n'était ni délibérée, ni des plus extrêmes. En outre, rien n'indique que l'accusé ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques policières discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'accusé et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair et l'erreur commise par les policiers en l'espèce était compréhensible. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Finalement, le revolver est un élément de preuve très fiable et essentiel à l'instruction sur le fond. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* milite fortement en faveur

its merits weighs strongly in favour of its admission. However, the police officers were operating in circumstances of considerable legal uncertainty, and this tips the balance in favour of admission. [132-133] [139-140]

The accused's conviction for possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the ground that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. A contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not for the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that the accused was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, the s. 100(1) conviction cannot stand. [141] [143]

Per Binnie J.: The majority's approach to the definition of "detention" in ss. 9 and 10 of the *Charter* lays too much emphasis on the claimant's perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant's situation. The objective facts of such encounters as well as the perception of the police in initiating the encounter, and whatever information the police possess at the time or acquire as the encounter proceeds, all of which may or may not be known to the person stopped, should be factored into a more comprehensive analysis of when a "detention" occurs for *Charter* purposes. [150] [180]

The Court's embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person "in the individual's circumstances" would think himself or herself to be detained than whether he or she is detained. The perspective of the person stopped is important and it is true that there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but this does not exhaust the relevant considerations. [151]

It is important to be able to determine at what moment an interaction between the police and a member of the public is converted into a detention of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention including the right to involve his or her lawyer. Re-examining the concept of "psychological detention"

de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Or, les policiers travaillaient dans un contexte d'incertitude juridique considérable, ce qui fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve. [132-133] [139-140]

La déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, doit être annulée parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. L'interprétation contextuelle de l'art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d'armes et non au simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre. Puisque le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue. [141] [143]

Le juge Binnie : L'approche adoptée par les juges majoritaires pour définir le mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* accorde trop d'importance à la perception d'une pression psychologique par le plaignant, quoique filtrée par les yeux d'une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Les éléments factuels objectifs de ces contacts de même que la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée et toutes les informations dont disposent alors les policiers ou dont ils prennent connaissance au cours du contact — que la personne interceptée en ait connaissance ou non — devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l'application de la *Charte*. [150] [180]

L'adhésion de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l'impression qu'il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant penserait qu'elle est détenue plutôt que de se demander si elle est détenue. Le point de vue de la personne interceptée est important et il est vrai qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi), mais ce n'est pas la seule considération. [151]

Il est important de pouvoir déterminer à quel moment une interaction entre un policier et un membre du public devient une détention donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat. Réexaminer le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit

with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed is one way to ease the "obvious tension" between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions. The police know, but the claimant may not know, the point at which he or she graduates from being a person of interest to a person around whom suspicion is starting to focus, and becomes a person whose legal rights are seriously in issue. [153] [160] [165] [177]

There are a number of problems with the Court's continuing endorsement of the *Therens* approach for the purpose of determining when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant's circumstances be viewed from the more detached perspective of a "reasonable person" in some cases exaggerates the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, and may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed. On the other hand, if the concept of the reasonable person is intended to describe average cooperative members of the public, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant's choice to leave and, therefore, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions under the claimant-centred approach adopted by the majority. [166] [170]

A further problem in calibrating the "reasonable person" is to define exactly what information this fictional person possesses and what experience he or she brings to the assessment of the encounter. This is of particular relevance to visible minorities who may, because of their background and experience, feel especially unable to disregard police directions, and feel that assertion of their right to walk away will itself be taken as evasive and subsequently argued by the police to be sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention. The police perspective on such encounters, whether or not conveyed to the person stopped, is relevant. In the absence of explicit criteria various judges will tend to read into the "reasonable person" their own projections of the moment at which, in their view, the person stopped ought to be able to call a lawyer. This may encourage a results-oriented analysis. [169] [172-174]

envisagé dans des perspectives plus vastes est une autre façon d'atténuer la « tension manifeste » entre l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat et l'utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d'enquête. Les policiers savent — alors que le plaignant peut l'ignorer — à quel moment une personne d'intérêt accède au rang de suspect dont les droits sont sérieusement compromis. [153] [160] [165] [177]

L'adhésion constante de la Cour à l'approche préconisée par *Therens* pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L'insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » exagère dans certains cas la capacité d'une personne ordinaire de résister à l'affirmation par les policiers de leur autorité et peut mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu'il ne l'avait pas. Par ailleurs, si le concept de la personne raisonnable est censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détentions suivant la méthode centrée sur le plaignant adoptée par les juges majoritaires. [166] [170]

Une autre difficulté liée à la modulation de l'approche de la « personne raisonnable » tient à déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive et ce en quoi consiste son vécu à partir duquel elle évaluera le contact. Cela est particulièrement pertinent dans le cas du membre d'une minorité visible qui, en raison de sa situation et de son vécu, est davantage susceptible de ne pas se sentir en mesure de désobéir aux directives des policiers et que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d'être considérée en soi comme une esquive et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d'entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l'arrêt *Mann*. Le point de vue des policiers quant à ces contacts, qu'il ait ou non été révélé à la personne interceptée, est pertinent. En l'absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à leur avis, la personne interceptée devrait pouvoir appeler un avocat. Cette approche pourrait inciter les juges à procéder à une analyse axée sur le résultat. [169] [172-174]

The *Therens* approach does not take into account adequately what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but the police may not consider it to be in their interest to convey the information. Apparent general inquiries by the police may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece by way of self-incrimination. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship with the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the "stop" that generates the need for counsel. On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the prosecution. [167] [178-179]

A finding of detention requires a police command or direction as well as compliance by the person claiming a s. 9 detention in the reasonable belief that there was no other choice. However, police words and conduct should be interpreted in light of the purpose of the encounter from the police perspective, whether disclosed to the person from whom cooperation was requested or not. Moreover, when considering the perception of the person stopped, serious weight should be given to the values and experience of the person actually stopped, including the experience of visible minorities. [176-177]

On the facts of this case, the conclusion of the majority that the accused was arbitrarily detained is agreed with. The purpose of the police officers was to investigate crime, whether actual or anticipated. The police had no information whatsoever that the accused may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed. The police order to the accused to "keep his hands in front of him" crystallized the detention. However, the finding of a detention is properly the product not only of the accused's perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the perception of the police, who at the outset lacked any information on which to base such aggressive tactics. The majority's analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal are also agreed with. [181-184]

L'approche adoptée dans *Therens* ne prend pas adéquatement en compte de ce que les policiers savent, et à quel moment ils l'ont appris, — sauf dans la mesure où ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais ils pourraient estimer préférable de ne pas révéler ces informations. Des questions posées par la police, générales en apparence, peuvent viser, à l'insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante en amenant cette dernière à s'incriminer. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu'elle se trouve dans une situation périlleuse. C'est ce rapport antagoniste associé à l'« interception » qui crée le besoin d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l'effet d'une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser la poursuite. [167] [178-179]

Pour établir qu'il y a eu détention, il faut qu'un policier ait donné un commandement ou une directive, que la personne alléguant qu'il y a eu détention pour l'application de l'art. 9 y ait obtempéré et qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire qu'elle n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Toutefois, les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du but visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. En outre, lorsqu'on se penche sur la perception de la personne arrêtée, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne véritablement interceptée, y compris à l'expérience des minorités visibles. [176-177]

Il y a accord quant à la conclusion des juges majoritaires pour dire que, en l'espèce, l'accusé a été détenu de façon arbitraire. Les policiers cherchaient à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que l'accusé pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu'un crime avait été commis. L'ordre donné à l'accusé de garder ses mains devant lui a cristallisé la détention. Toutefois, il faut conclure à juste titre qu'il y avait détention non seulement en raison des perceptions de l'accusé (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique), mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l'interpellation (la détection de crimes) et de la perception des policiers qui, au départ, ne disposaient d'aucun renseignement les autorisant à utiliser des tactiques aussi vigoureuses. Il y a aussi accord quant à l'analyse des juges majoritaires relative au par. 24(2) et quant au dispositif du pourvoi qui en découle. [181-184]

Per Deschamps J.: The facts of this case, considered as a whole, support the conclusion that the accused was detained. The detention came to a head when the officers asked him certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by G, the line between prevention and suppression was crossed. G asked the accused if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with W and F — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. The exchange was no longer an impromptu conversation that the accused would think he could walk away from as he pleased. [191]

Regarding the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of a *Charter* right, the new test proposed by the majority is inconsistent with the purpose of s. 24(2) of the *Charter*, which is to maintain public confidence in the administration of justice. The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to considered in the analysis. The proposed test, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision. In determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it, the judge must instead strike a fair balance between two societal interests: the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. On the first branch, any facts that help show the effect of the violation on the protected rights must be considered, including the state conduct that gave rise to the violation. The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and the judge must therefore consider all the facts that will enable him or her to assess the long-term impact of his or her decision on the repute of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way. As for the second branch, whether the evidence is reliable and whether it is essential or peripheral are factors that are crucial to the maintenance of public confidence, as is

La juge Deschamps : L'ensemble des faits de la présente affaire permet de conclure qu'il y a eu détention de l'accusé. Le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à l'accusé certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré G l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à l'accusé s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé W et F — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à l'accusé qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise. [191]

En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*, la nouvelle grille d'analyse proposée par la majorité ne respecte pas l'objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte*, qui consiste à préserver la considération du public à l'égard de l'administration de la justice. Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. En centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision. Pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion, le juge doit plutôt rechercher un juste équilibre entre deux intérêts de la société, soit l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Pour ce qui est du premier volet, tous les faits qui donnent des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés doivent être pris en considération, y compris la conduite étatique à l'origine de la violation. L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et le juge doit donc examiner tous les faits qui lui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits. Pour ce qui est du deuxième volet, la fiabilité de la preuve, son caractère

the seriousness of the offence. [185] [195] [198] [202] [223-226]

In this case, to admit the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice. According to the trial judge's findings of fact, the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to the accused, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable. When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. [228-229]

There is agreement with the majority on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking. [229]

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

Not followed: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **applied:** *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C.

essentiel ou périphérique de même que la gravité de l'infraction reprochée sont des considérations primordiales pour assurer le maintien de la confiance du public. [185] [195] [198] [202] [223-226]

En l'espèce, la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve. Selon les faits constatés par le juge de première instance, l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers l'accusé; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il importe de souligner qu'il s'agit d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable. La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. [228-229]

Il y a accord avec la majorité concernant l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic. [229]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

Arrêts non suivis : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêt appliqué :** *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Wray*,

(3d) 14; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, aff'd 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527; *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759.

By Binnie J.

Not followed: *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, aff'g 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi; *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

By Deschamps J.

Not followed: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494.

[1971] R.C.S. 272; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547; *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113, conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527; *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759.

Citée par le juge Binnie

Arrêt non suivi : *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980); *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983); *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983); *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *Escobedo c. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995); *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994); *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, conf. 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi; *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267; *Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152.

Citée par la juge Deschamps

Arrêt non suivi : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés :** *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL); *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 9, 10, 11(*c*), 13, 24.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84 "transfer", 86(2), 99, 100.

Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, s. 21 "transfer".

Model Code of Pre-Arraignment Procedure (ALI 1975), s. 110.1(2).

Authors Cited

Butterfoss, Edwin J. "Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins" (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence*. Ottawa: The Commission, 1974.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004.

Mahoney, Richard. "Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.

McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.

Mirfield, Peter. "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.

Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System*. Toronto: The Commission, 1995.

Ontario. Ontario Human Rights Commission. Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling*. Toronto: The Commission, 2003 (online: www.ohrc.on.ca/en).

Paciocco, David M. "*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163.

Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Penney, Steven. "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*" (2004), 49 *McGill L.J.* 105.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 9, 10, 11*c*), 13, 24.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 84 « cession », 86(2), 99, 100.

Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39, art. 21 « cession ».

Model Code of Pre-Arraignment Procedure (ALI 1975), art. 110.1(2).

Doctrine citée

Butterfoss, Edwin J. « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10. *La preuve — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue*. Ottawa : La Commission, 1974.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1).

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn. : Thomson/West, 2004.

Mahoney, Richard. « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443.

McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205.

Mirfield, Peter. « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434.

Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. Rapport d'enquête. *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial*. Toronto : La Commission, 2003 (en ligne : www.ohrc.on.ca/fr).

Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario*. Toronto : La Commission, 1995.

Paciocco, David M. « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163.

Paciocco, David M. « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326.

Penney, Steven. « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under

Perrin, L. Timothy, et al. "If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule" (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. "Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*" (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses.* Working Paper. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont.: Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. "*R. v. S.A.B.*: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

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

Tanovich, David M. "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (McMurtry C.J.O. and Laskin and Lang JJ.A.) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), affirming the accused's conviction entered by M. H. Harris J., 2004 CarswellOnt 8783. Appeal allowed in part.

Jonathan Dawe and *Frank R. Addario*, for the appellant.

Michal Fairburn and *John Corelli*, for the respondent.

James C. Martin and *Paul Adams*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105.

Perrin, L. Timothy, et al. « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669.

Roach, Kent. « Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209.

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses.* Working Paper. Toronto : Centre of Criminology, University of Toronto, 1980.

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont. : Thomson/Carswell, 2005.

Stuart, Don. « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351.

Stuesser, Lee. « *R. v. S.A.B.* : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

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

Tanovich, David M. « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145.

Young, Alan. « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef McMurtry et les juges Laskin et Lang) (2006), 81 O.R. (3d) 1, 213 O.A.C. 127, 209 C.C.C. (3d) 250, 38 C.R. (6th) 58, 143 C.R.R. (2d) 223, 2006 CarswellOnt 3352, [2006] O.J. No. 2179 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé par le juge M. H. Harris, 2004 CarswellOnt 8783. Pourvoi accueilli en partie.

Jonathan Dawe et *Frank R. Addario*, pour l'appelant.

Michal Fairburn et *John Corelli*, pour l'intimée.

James C. Martin et *Paul Adams*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Michael Brundrett and *Margaret A. Mereigh*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Don Stuart and *Graeme Norton*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Marlys A. Edwardh and *Jessica R. Orkin*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

I. Overview

[1] Mr. Grant appeals his convictions on a series of firearms offences, relating to a gun seized by police during an encounter on a Toronto sidewalk. The gun was entered as evidence against Mr. Grant and formed the basis of his convictions. The question on this appeal is whether that evidence was obtained in breach of Mr. Grant's *Charter* rights, and if so, whether the evidence should have been excluded under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] Resolving these questions requires us to revisit two important and contentious areas of criminal law *Charter* jurisprudence. The first is the definition of "detention" under ss. 9 and 10 of the *Charter*. The second is the test for exclusion of evidence obtained in violation of the *Charter* pursuant to s. 24(2).

[3] The submissions before us reveal that existing jurisprudence on the issues of detention and

Michael Brundrett et *Margaret A. Mereigh*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Don Stuart et *Graeme Norton*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Marlys A. Edwardh et *Jessica R. Orkin*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

[1] Monsieur Grant interjette appel des déclarations de culpabilité prononcées contre lui quant à une série d'infractions relatives aux armes à feu. Les accusations portées contre lui découlaient de la saisie d'un revolver survenue à l'occasion d'un contact entre des policiers et lui sur un trottoir de Toronto. Les déclarations de culpabilité reposant sur le dépôt en preuve du revolver, il faut déterminer en l'espèce si cet élément de preuve a été obtenu par suite de la violation de droits garantis à M. Grant par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, le cas échéant, s'il y avait lieu de l'exclure en application du par. 24(2) de la *Charte*.

[2] Pour répondre aux questions en litige dans le présent pourvoi, nous devons revoir deux points importants et controversés de la jurisprudence relative à la *Charte* en matière de droit criminel. Le premier point concerne la définition du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Le deuxième point concerne le test applicable, dans le contexte d'une demande fondée sur le par. 24(2), pour décider de l'exclusion des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*.

[3] Les arguments qui nous ont été soumis démontrent que la jurisprudence relative à la détention et

exclusion of evidence is difficult to apply and may lead to unsatisfactory results. Without undermining the principles that animate the jurisprudence to date, we find it our duty, given the difficulties that have been pointed out to us, to take a fresh look at the frameworks that have been developed for the resolution of these two issues. We will also consider the subsidiary issue that arises in this case: the meaning of "transfer" of a weapon for the purposes of ss. 84, 99 and 100 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

II. Facts

[4] The encounter at the centre of this appeal occurred at mid-day on November 17, 2003, in the Greenwood and Danforth area of Toronto. With four schools in the area and a history of student assaults, robberies, and drug offences occurring over the lunch hour, the three officers involved in the encounter were on patrol for the purposes of monitoring the area and maintaining a safe student environment. Two of the officers, Constables Worrell and Forde, were dressed in plainclothes and driving an unmarked car. Although on patrol, their primary task was to visit the various schools to determine if there were persons on school property who should not have been there — either non-students or students from another school. The third officer, Constable Gomes, was in uniform and driving a marked police car. On "directed patrol", he had been tasked with maintaining a visible police presence in the area in order to provide student reassurance and to deter crime during the high school lunch period.

[5] Mr. Grant, a young black man, was walking northbound on Greenwood Avenue when he came to the attention of Constables Worrell and Forde. As the two officers drove past, Cst. Worrell testified that the appellant "stared" at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street, while at the same

à l'exclusion d'éléments de preuve pose des difficultés d'application et peut entraîner des résultats insatisfaisants. Sans remettre en cause les principes ayant fondé les décisions rendues jusqu'à présent, nous estimons, compte tenu des difficultés qui nous ont été signalées, devoir jeter un regard neuf sur le cadre d'analyse élaboré pour trancher ces deux questions. Nous examinerons aussi la question subsidiaire soulevée en l'espèce, soit celle du sens des termes « cession » et « céder » une arme à feu employés aux art. 84, 99 et 100 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

II. Les faits

[4] Le contact au cœur du présent pourvoi est survenu vers midi le 17 novembre 2003, dans le secteur des avenues Greenwood et Danforth, à Toronto. Comme ce secteur compte quatre écoles et que, par le passé, des agressions, des vols et des infractions relatives aux drogues se rapportant à des étudiants y avaient été commis pendant la pause du déjeuner, les trois policiers présents lors du contact y patrouillaient pour surveiller les lieux et assurer la sécurité des élèves. Deux d'entre eux, les agents Worrell et Forde, étaient vêtus en civil et se trouvaient à bord d'une voiture banalisée. Même s'ils étaient de patrouille, leur tâche consistait principalement à se rendre dans les différentes écoles pour s'assurer que ne s'y trouvaient pas des individus qui ne devaient pas y être — des personnes qui ne fréquentaient pas l'école ou des élèves d'une autre école. Le troisième policier, l'agent Gomes, était en uniforme et conduisait une voiture de police. En « patrouille dirigée », il était chargé d'assurer une présence policière visible dans le quartier afin de rassurer les élèves et de prévenir le crime pendant la pause du déjeuner des écoles secondaires.

[5] Monsieur Grant, un jeune homme de race noire, marchait en direction nord sur l'avenue Greenwood quand il a attiré l'attention des agents Forde et Worrell. En effet, selon ce dernier, au moment où son collègue et lui le dépassaient en voiture, l'appelant les aurait « dévisagés » avec une insistance anormale et les aurait suivis du

time "fidgeting" with his coat and pants in a way that aroused their suspicions. Given their purpose for being in the area and based on what he had just seen, Cst. Worrell decided that "maybe we should have a chat with this guy and see what's up with him". Cst. Worrell wanted to know whether Mr. Grant was a student at one of the schools they were assigned to monitor, and, if he was not, whether he was headed to one of the schools anyway. Noticing Cst. Gomes parked on the street ahead of Mr. Grant, and in light of his uniformed attire, the two plainclothes officers suggested to Cst. Gomes that he "have a chat" with the approaching appellant to determine if there was any need for concern.

[6] Cst. Gomes then got out of his car and initiated an exchange with Mr. Grant, while standing on the sidewalk directly in his intended path. The officer asked the appellant "what was going on", and requested his name and address. In response, the appellant provided a provincial health card. At one point, the appellant, behaving nervously, adjusted his jacket, prompting the officer to ask him to "keep his hands in front of him". By this point, the two other officers had returned and parked on the side of the street.

[7] Cst. Worrell testified on cross-examination that he and Cst. Forde pulled up because he got a funny feeling based on Mr. Grant's way of looking over at them, looking around "all over the place", and adjusting himself. On direct examination he said that "[h]e still seemed to be, I don't know, looking a bit nervous the way he was looking around, looking at us, looking around when speaking to Officer Gomes. And at this time, I suggested to my partner, you know, I don't think it would hurt if we just go up to Officer Gomes and just stand by, just to make sure everything was okay." Thus, after a brief period observing the exchange from their car, the two officers approached the pair on the sidewalk, identified themselves to the appellant as police officers by flashing their badges, and took

regard lorsqu'ils s'éloignaient, tout en [TRADUCTION] « tripotant » son blouson et son pantalon de telle sorte qu'il a éveillé leurs soupçons. Vu la raison pour laquelle l'agent Forde et lui se trouvaient dans le secteur et ce qu'il venait juste de voir, l'agent Worrell a pensé [TRADUCTION] « qu'ils devraient peut-être parler avec ce gars-là pour voir ce qui se passait avec lui ». L'agent Worrell voulait savoir si M. Grant fréquentait une des écoles que son partenaire et lui devaient surveiller et, sinon, s'il se rendait quand même à l'une d'entre elles. Les deux policiers en civil ont remarqué que l'agent Gomes était garé en aval de l'appelant et, comme leur collègue était en uniforme, ils lui ont suggéré d'[TRADUCTION] « avoir une conversation » avec l'appelant qui approchait de lui pour déterminer s'il y avait lieu de s'inquiéter.

[6] L'agent Gomes est alors sorti de sa voiture et a commencé à parler avec M. Grant tout en se tenant directement en travers de son chemin sur le trottoir. Le policier lui a demandé [TRADUCTION] « ce qui se passait », ainsi que son nom et son adresse. En guise de réponse, l'appelant lui a remis sa carte santé provinciale. Puis, l'appelant a nerveusement rajusté son blouson, ce qui a amené le policier à lui demander de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». À ce moment-là, les deux autres policiers avaient rebroussé chemin et s'étaient rangés sur le côté de la rue.

[7] En contre-interrogatoire, l'agent Worrell a indiqué que son collègue Forde et lui se sont arrêtés parce que la façon dont M. Grant les avait scrutés et dont il regardait [TRADUCTION] « tout autour » en rajustant ses vêtements avait éveillé ses soupçons. Lors de l'interrogatoire principal, l'agent Worrell a affirmé ce qui suit : [TRADUCTION] « Il semblait encore, je ne sais pas, un peu nerveux à cause de la façon qu'il avait de regarder tout autour, de nous regarder et de regarder encore tout autour pendant qu'il parlait à l'agent Gomes. À ce moment-là, j'ai dit à mon partenaire, tu sais, je pense que ça ne nuirait pas si on allait rejoindre l'agent Gomes et si on était présents, juste pour voir si tout se passe bien. » Ainsi, après avoir observé l'échange depuis leur voiture pendant une courte période, les deux

up positions behind Cst. Gomes, obstructing the way forward. The exchange between Cst. Gomes and Mr. Grant subsequent to the arrival of the two officers was as follows:

Q. Have you ever been arrested before?

A. I got into some trouble about three years ago.

Q. Do you have anything on you that you shouldn't?

A. No. Well, I got a small bag of weed.

Q. Where is it?

A. It's in my pocket.

Q. Is that it?

A. (Male puts his head down.) Yeah. Well, no.

Q. Do you have other drugs on you?

A. No, I just have the weed, that's it.

Q. Well, what is it that you have?

A. I have a firearm.

[8] At this point, the officers arrested and searched the appellant, seizing the marijuana and a loaded revolver. They then advised Mr. Grant of his right to counsel and took him to the police station.

III. Judgments Below

[9] At trial, Mr. Grant alleged violations of his rights under ss. 8, 9 and 10(*b*) of the *Charter*. The trial judge held that the officers' inquiries did not amount to a search within the meaning of s. 8. He further concluded that Mr. Grant was not detained prior to his arrest or, if he was detained, he waived his rights by cooperating with the officers' requests. Having found no *Charter* breach, he had no difficulty admitting the firearm: 2004 CarswellOnt 8779. Mr. Grant was convicted of five firearms offences, including possession of a restricted firearm for the purpose of transferring it

policiers se sont approchés des deux hommes qui se trouvaient sur le trottoir, se sont identifiés en montrant à l'appelant leur insigne de police et se sont placés derrière l'agent Gomes, bloquant ainsi le chemin. Voici les détails de l'échange entre l'agent Gomes et M. Grant après l'arrivée des deux autres policiers :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous déjà été arrêté?

R. J'ai eu quelques problèmes il y a environ trois ans.

Q. Avez-vous quelque chose sur vous que vous ne devriez pas avoir?

R. Non. En fait, j'ai un petit sac de pot.

Q. Où est-il?

R. Dans ma poche.

Q. C'est tout?

R. (Il baisse la tête.) Ouais. Euh, non.

Q. Avez-vous d'autres drogues sur vous?

R. Non, j'ai juste du pot, c'est tout.

Q. Alors, qu'est-ce que vous avez?

R. J'ai une arme à feu.

[8] À ce moment-là, les policiers l'ont arrêté et fouillé, et ils ont saisi la marijuana et un revolver chargé. Ils ont alors informé M. Grant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et l'ont emmené au poste de police.

III. Les décisions des juridictions inférieures

[9] Au procès, M. Grant a soutenu que les droits qui lui sont garantis par les art. 8 et 9 et par l'al. 10*b*) de la *Charte* avaient été violés. Le juge du procès a conclu que les questions posées par les policiers n'équivalaient pas à une fouille visée par l'art. 8. Il a ajouté que M. Grant n'avait pas été mis en détention avant son arrestation et que, s'il l'avait été, il avait renoncé à ses droits en répondant aux demandes des policiers. Ayant conclu qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, le juge du procès a accepté sans difficulté que l'arme à feu soit produite en preuve : 2004 CarswellOnt 8779. Monsieur Grant

without lawful authority (s. 100(1) of the *Criminal Code*).

[10] In the Ontario Court of Appeal, Laskin J.A. held that the trial judge's conclusion on the question of detention was undermined by several mischaracterizations as to what had occurred, thereby entitling the court to revisit the issue. He concluded that a detention had crystallized during the conversation with Cst. Gomes, before the appellant made his incriminating statements. Because the officers had no reasonable grounds to detain the appellant, the detention was arbitrary and a breach of s. 9 was established. Laskin J.A. did not deal with s. 10(*b*) and found no breach of s. 8. On the question of exclusion under s. 24(2), Laskin J.A. determined that the firearm was "derivative" evidence emanating from a self-incriminatory statement and would very often be excluded on that basis alone. However, after a review of recent developments in the s. 24(2) jurisprudence, Laskin J.A. concluded that the admission of the gun would not unduly undermine trial fairness. He held that the repute of the administration of justice would be damaged more by the exclusion of the gun than by its admission. He therefore held that the gun was properly admitted into evidence. On the firearms issue, Laskin J.A. held that Mr. Grant's act of moving the gun from one place to another fell within the definition of "transfer" in s. 84 of the *Code*, justifying the conviction under s. 100(1). He therefore dismissed the appeal: (2006), 81 O.R. (3d) 1.

IV. Analysis

A. *Breach of the Charter*

[11] The first issue in this case is whether the evidence of the gun was obtained in a manner that breached Mr. Grant's rights under the *Charter*. Mr. Grant argues that the police breached his *Charter* rights by arbitrarily detaining him contrary to s. 9

a été déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu, notamment de celle de possession d'une arme à autorisation restreinte en vue de la céder sans autorisation légale (par. 100(1) du *Code criminel*).

[10] En Cour d'appel de l'Ontario, le juge Laskin a estimé que plusieurs erreurs de qualification des événements entachaient la conclusion du juge du procès au sujet de la détention, ce qui autorisait la cour à réexaminer la question. Il a conclu que la détention s'était cristallisée pendant la conversation avec l'agent Gomes, avant que l'appelant ne fasse les déclarations incriminantes. Comme les policiers n'avaient aucun motif raisonnable les autorisant à détenir l'appelant, la détention était arbitraire et l'atteinte au droit garanti à l'art. 9 a été établie. Le juge Laskin n'a pas traité de l'al. 10*b*) et n'a constaté aucune violation de l'art. 8. Quant à la question de l'exclusion visée par le par. 24(2), le juge Laskin a estimé que l'arme à feu était une preuve « dérivée » obtenue à partir d'une déclaration auto-incriminante qui, pour cette seule raison, serait très souvent écartée. Cependant, après examen de la jurisprudence récente relative au par. 24(2), il a déclaré que l'utilisation du revolver ne compromettrait pas indûment l'équité du procès. À son avis, l'exclusion de l'arme à feu déconsidérerait davantage l'administration de la justice que ne le ferait son utilisation en preuve. Il a donc conclu que le revolver avait été admis en preuve à bon droit. Sur la question des infractions relatives aux armes à feu, le juge Laskin a conclu que le transport du revolver d'un endroit à un autre par M. Grant entrait dans la définition de « cession » énoncée à l'art. 84 du *Code* et justifiait la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1). Il a donc rejeté l'appel : (2006), 81 O.R. (3d) 1.

IV. L'analyse

A. *Violation de la Charte*

[11] En l'espèce, la première question à trancher est celle de savoir si le revolver a été obtenu dans des conditions qui portent atteinte aux droits garantis à M. Grant par la *Charte*. Ce dernier fait valoir que les policiers ont violé ces droits en le détenant

and by failing to advise him of his right to speak to a lawyer contrary to s. 10(*b*), before the questioning that led to the discovery of the firearm that is the subject of these charges. Alternatively, if the Court finds he was not detained, Mr. Grant argues that the Court of Appeal erred in finding that there was no violation of s. 8's protection against unreasonable search and seizure.

[12] The threshold question is whether the appellant was detained before he produced the firearm and was arrested. If he was detained, the detention was arbitrary; all parties are agreed that the police lacked legal grounds to detain the appellant. Further, if detained, Mr. Grant was entitled to be advised of the right to counsel at that point, which would establish breach of s. 10(*b*) of the *Charter*.

1. The Meaning of "Detention" Under the *Charter*

(a) *The Positions of the Parties*

[13] Mr. Grant argues that he was detained before he made his inculpatory statements and revealed the gun. He contends that his liberty to choose to remain or leave was taken away by the conduct of the police officers in blocking his path, and that this detention was arbitrary because at this point the officers lacked reasonable grounds to detain him under the standard for investigative detention elaborated in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. Because he was detained, he argues, the police were required to advise him under s. 10(*b*) that he had the right to speak to a lawyer.

[14] The Crown argues that Mr. Grant was not detained until the police arrested him after he disclosed his firearm, at which point they advised him of his right to talk to a lawyer. It says that the officers' prior conduct was not directed at curtailing the appellant's liberty, but rather at protecting their

arbitrairement — en contravention de l'art. 9 — et en omettant de l'informer de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — en contravention de l'al. 10*b*) — avant l'interrogatoire qui a mené à la découverte de l'arme à feu en cause dans les accusations. Il soutient subsidiairement, pour le cas où la Cour conclurait à l'absence de détention, que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'il n'y avait pas eu violation de la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8.

[12] Il faut commencer par déterminer si l'appelant était en détention avant que l'arme à feu soit découverte et qu'il soit arrêté. S'il l'était, la détention était arbitraire. En effet, toutes les parties reconnaissent que les policiers n'étaient pas légalement fondés à détenir l'appelant. En outre, si M. Grant avait été mis en détention, il devait dès lors être informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, à défaut de quoi il y avait violation de l'al. 10*b*) de la *Charte*.

1. La « détention » au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte*

a) *Les positions des parties*

[13] Monsieur Grant soutient qu'il était en détention lorsqu'il a fait ses déclarations inculpatoires et révélé l'existence de l'arme. En effet, à son avis, en lui bloquant le passage, les policiers lui ont enlevé la liberté de choisir entre rester ou partir, et cette détention était arbitraire parce qu'ils n'avaient pas alors de motifs raisonnables de le détenir suivant la norme élaborée dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, en matière de détention aux fins d'enquête. En outre, il affirme que, comme il était détenu, les policiers étaient tenus de l'informer, en application de l'al. 10*b*), de son droit de parler à un avocat.

[14] Selon le ministère public, la détention de M. Grant n'a commencé qu'au moment où il a été arrêté après avoir révélé aux policiers l'existence de l'arme à feu, moment auquel il a été informé de son droit de parler à un avocat. La conduite des policiers avant l'arrestation ne visait pas à restreindre

own safety while asking him some questions. The Crown says that the officers were engaging in community policing, which involves a dynamic interaction between the police and the citizens they serve. The Crown contends that preliminary, non-coercive questioning pursuant to police policy is a legitimate exercise of investigative police powers, is essential to the effective fulfilment of the police's duty to enforce the law, and does not amount to detention triggering the right to counsel.

(b) *Interpretative Principles*

[15] As for any constitutional provision, the starting point must be the language of the section. Where questions of interpretation arise, a generous, purposive and contextual approach should be applied.

[16] Constitutional guarantees such as ss. 9 and 10 should be interpreted in a "generous rather than . . . legalistic [way], aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344). Unduly narrow, technical approaches to *Charter* interpretation must be avoided, given their potential to "subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*" (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23).

[17] While the twin principles of purposive and generous interpretation are related and sometimes conflated, they are not the same. The purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at pp. 36-30 and 36-31). While a narrow approach risks impoverishing a *Charter*

la liberté de l'appelant, mais plutôt à assurer leur propre sécurité pendant qu'ils lui posaient des questions. Le ministère public affirme que les policiers s'acquittaient de tâches relevant des services de police communautaire, qui supposent une interaction dynamique entre les policiers et les citoyens qu'ils servent. Toujours selon le ministère public, l'interrogatoire préliminaire, non coercitif et conforme à une politique de la police, constitue un exercice légitime de pouvoirs d'enquête policiers, est essentielle à l'accomplissement efficace du devoir des policiers d'appliquer la loi et n'équivaut pas à une détention donnant ouverture au droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

b) *Les principes d'interprétation*

[15] Comme chaque fois qu'il s'agit d'analyser une disposition constitutionnelle, il faut tout d'abord se pencher sur son libellé, dont l'interprétation, si elle n'est pas manifeste, doit être tirée par suite de l'application d'une méthode téléologique, libérale et contextuelle.

[16] L'interprétation de garanties constitutionnelles comme celles énoncées aux art. 9 et 10 « doit être libérale plutôt que formaliste » et doit « viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Il faut éviter les méthodes d'interprétation de la *Charte* trop étroites ou formalistes, car elles sont « susceptible[s] de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte* » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23).

[17] Bien que les principes d'interprétation téléologique et d'interprétation libérale soient apparentés et même parfois confondus, ils ne sont pas identiques. L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, p. 36-30 et 36-31). Si une interprétation étroite risque d'appauvrir un droit garanti par

right, an overly generous approach risks expanding its protection beyond its intended purposes. In brief, we must construe the language of ss. 9 and 10 in a generous way that furthers, without overshooting, its purpose: *Big M Drug Mart*, at p. 344.

[18] To interpret "detention" in ss. 9 and 10 generously, yet purposively, we must consider the context in which it is embedded — in other words, the role it plays in conjunction with related protections in the *Charter*.

(c) *The Purpose of the Rights Linked to Detention*

[19] Detention represents a limit on the broad right to liberty enjoyed by everyone in Canada at common law and by virtue of s. 7 of the *Charter*, which guarantees that liberty will only be curtailed in accordance with the principles of fundamental justice. Section 9 of the *Charter* establishes that "[e]veryone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned". Section 10 accords certain rights to people who are arrested or detained, including the right to retain and instruct counsel.

[20] The purpose of s. 9, broadly put, is to protect individual liberty from unjustified state interference. As recognized by this Court in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, "liberty", for *Charter* purposes, is not "restricted to mere freedom from physical restraint", but encompasses a broader entitlement "to make decisions of fundamental importance free from state interference" (para. 49). Thus, s. 9 guards not only against unjustified state intrusions upon physical liberty, but also against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive pressures of detention and imprisonment from being applied to people without adequate justification. The detainee's interest in being able to make an informed choice whether to walk away or speak to the police is unaffected by the manner in which the detention is brought about.

la *Charte*, une interprétation trop libérale risque d'étendre la garantie au-delà de l'objet visé. Bref, il faut interpréter le texte des art. 9 et 10 d'une façon libérale qui permette la réalisation de son objet sans en excéder la portée : *Big M Drug Mart*, p. 344.

[18] Pour interpréter le mot « détention » qui figure aux art. 9 et 10 de façon non seulement libérale, mais également téléologique, il faut en examiner le contexte, c'est-à-dire le rôle par rapport aux protections connexes garanties par la *Charte*.

c) *L'objet des droits se rattachant à la détention*

[19] La détention constitue une limite au vaste droit à la liberté dont chacun jouit au Canada, droit reconnu par la common law et par l'art. 7 de la *Charte*, lequel garantit qu'il n'y sera porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. L'article 9 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires », tandis que l'article 10 confère certains droits aux personnes arrêtées ou détenues, dont celui d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[20] De façon générale, l'art. 9 vise à protéger la liberté individuelle contre l'ingérence injustifiée de l'État. Comme notre Cour l'a reconnu dans *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, la « liberté », pour l'application de la *Charte*, ne s'entend pas « uniquement de l'absence de toute contrainte physique », mais correspond au droit plus large « de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État » (par. 49). Il s'ensuit que l'art. 9 protège non seulement contre les atteintes injustifiées de l'État à la liberté physique, mais aussi contre les atteintes à la liberté psychologique, en lui interdisant de recourir sans justification appropriée aux moyens coercitifs que représentent la détention et l'emprisonnement. La façon dont la détention intervient n'influe pas sur le droit d'une personne détenue de décider en toute connaissance de cause si elle s'en va ou si elle parle à la police.

[21] More specifically, an individual confronted by state authority ordinarily has the option to choose simply to walk away: *R. v. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), at p. 94; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 11, citing Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal ((1981), 32 O.R. (2d) 641, at p. 653):

> Although a police officer may approach a person on the street and ask him questions, if the person refuses to answer the police officer must allow him to proceed on his way, unless . . . [he] arrests him . . . .

See also *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 131. Where this choice has been removed — whether by physical or psychological compulsion — the individual is detained. Section 9 guarantees that the state's ability to interfere with personal autonomy will not be exercised arbitrarily. Once detained, the individual's choice whether to speak to the authorities remains, and is protected by the s. 10 informational requirements and the s. 7 right to silence.

[22] "Detention" also identifies the point at which rights subsidiary to detention, such as the right to counsel, are triggered. These rights are engaged by the vulnerable position of the person who has been taken into the effective control of the state authorities. They are principally concerned with addressing the imbalance of power between the state and the person under its control. More specifically, they are designed to ensure that the person whose liberty has been curtailed retains an informed and effective *choice* whether to speak to state authorities, consistent with the overarching principle against self-incrimination. They also ensure that the person who is under the control of the state be afforded the opportunity to seek legal advice in order to assist in regaining his or her liberty. As this Court observed in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151:

> In a broad sense, the purpose of ss. 7 to 14 is twofold to preserve the rights of the detained individual, and to maintain the repute and integrity of our system

[21] Plus particulièrement, quiconque est interpellé par un représentant de l'État a habituellement le choix de simplement s'en aller : *R. c. Esposito* (1985), 24 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), p. 94; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 11, citant le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario ((1981), 32 O.R. (2d) 641, p. 653) :

> [TRADUCTION] Un agent de police peut aborder une personne dans la rue et lui poser des questions, mais si la personne refuse de lui répondre, l'agent doit la laisser poursuivre sa route à moins [. . .] qu'il ne l'arrête . . .

Voir également *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 131. Lorsque ce choix lui est enlevé — que ce soit par suite d'une contrainte physique ou d'une contrainte psychologique — il y a détention. L'article 9 garantit que la capacité de l'État de restreindre l'autonomie personnelle ne sera pas employée de façon arbitraire. En outre, la personne qui est mise en détention conserve la possibilité de choisir de parler ou non aux autorités, et ce choix est protégé par les exigences de l'art. 10 en matière d'information et par le droit de garder le silence garanti par l'art. 7.

[22] La « détention » marque également le moment où prennent naissance les droits se rattachant à la détention, comme le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Ces droits entrent en jeu du fait que la personne qui a été placée sous le contrôle des autorités de l'État se trouve en position de vulnérabilité. Ils visent principalement à corriger l'inégalité de pouvoir entre elle et l'État. Plus précisément, ils sont conçus pour faire en sorte que, conformément au principe prépondérant interdisant l'auto-incrimination, la personne dont la liberté a été restreinte conserve un *choix* véritable et éclairé quant à la décision de parler ou non aux autorités. Ces droits garantissent également que la personne placée sous la mainmise de l'État a la possibilité de consulter un avocat pour l'aider à retrouver sa liberté. Comme l'a signalé notre Cour dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151 :

> De façon générale, les art. 7 à 14 poursuivent un double objet, celui de protéger les droits de la personne détenue et celui de préserver l'intégrité de notre système

of justice. More particularly, it is to the control of the superior power of the state *vis-à-vis* the individual who has been detained by the state, and thus placed in its power, that s. 7 and the related provisions that follow are primarily directed. The state has the power to intrude on the individual's physical freedom by detaining him or her. The individual cannot walk away. This physical intrusion on the individual's mental liberty in turn may enable the state to infringe the individual's mental liberty by techniques made possible by its superior resources and power. [Emphasis added; pp. 179-80.]

[23] By setting limits on the power of the state and imposing obligations with regard to the detained person through the concept of detention, the *Charter* seeks to effect a balance between the interests of the detained individual and those of the state. The power of the state to curtail an individual's liberty by way of detention cannot be exercised arbitrarily and attracts a reciprocal obligation to accord the individual legal protection against the state's superior power.

(d) *Defining Detention*

[24] The word "detention" admits of many meanings. Read narrowly, "detention" can be seen as indicating situations where the police take explicit control over the person and command obedience. Read expansively, "detention" can be read as extending to even a fleeting interference or delay. Neither of these extremes offers an acceptable definition of "detention" as used in ss. 9 and 10 of the *Charter.*

[25] The first extreme was rejected by this Court in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, which held that detention for *Charter* purposes occurs when a state agent, by way of physical or psychological restraint, takes away an individual's choice simply to walk away. This encompasses not only explicit interference with the subject's liberty by way of physical interference or express command, but any form of "compulsory restraint". A person is detained where he or she "submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist" (*Therens*, at p. 644). It is clear that a person may reasonably believe he or she has no choice in circumstances where there has

de justice et la considération dont il jouit. De façon plus particulière, l'art. 7 et les dispositions connexes qui suivent portent principalement sur le contrôle du pouvoir supérieur de l'État vis-à-vis de l'individu qui est détenu par l'État et donc assujetti à son pouvoir. L'État a le pouvoir de porter atteinte à la liberté physique d'un individu en le détenant. L'individu ne peut s'esquiver. Cette atteinte physique à la liberté psychologique de l'individu peut à son tour permettre à l'État de porter atteinte à cette liberté de l'individu par des méthodes auxquelles il peut recourir grâce à ses ressources et à son pouvoir supérieurs. [Nous soulignons; p. 179-180.]

[23] En fixant des limites au pouvoir de l'État et en lui imposant des obligations envers ceux qu'il détient au moyen du concept de détention, la *Charte* vise à maintenir un équilibre entre les droits des personnes détenues et ceux de l'État. Le pouvoir de l'État de restreindre la liberté individuelle par la mise en détention ne peut s'exercer de façon arbitraire et il est assorti d'une obligation concomitante de protection contre la puissance supérieure de l'État.

d) *La définition de la détention*

[24] Le mot « détention » recouvre plusieurs acceptions. Dans un sens étroit, il peut s'entendre de situations où la police se rend maître d'une personne et lui impose l'obéissance. Dans un sens large, il peut englober jusqu'à une entrave mineure ou une appréhension passagère. Aucun de ces sens limites n'offre de définition acceptable du mot « détention » tel qu'il est employé aux art. 9 et 10 de la *Charte.*

[25] Notre Cour a rejeté le premier sens limite dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, en statuant que, pour l'application de la *Charte*, il y a détention lorsqu'un agent de l'État, en exerçant une contrainte physique ou psychologique, prive une personne de l'option de simplement s'en aller. Cette situation englobe non seulement les entraves claires à la liberté résultant d'une intervention physique ou d'un ordre explicite, mais également toute forme de « contrainte ». Une personne est détenue lorsqu'elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement » (*Therens*, p. 644). Il est clair qu'une personne peut raisonnablement croire qu'elle n'a

been no formal assertion of police control. Thus the first interpretation must be rejected. This comports with the principle that a generous rather than legalistic approach must be applied to the interpretation of *Charter* principles and avoids cramping the purpose of the protections conferred by ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[26] The second interpretation of "detention", reducing it to any interference, however slight, must also be rejected. As held in *Mann*, at para. 19, *per* Iacobucci J.:

> . . . the police cannot be said to "detain", within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be "detained" in the sense of "delayed", or "kept waiting". But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint.

It is clear that, while the forms of interference s. 9 guards against are broadly defined to include interferences with both physical and mental liberty, not every trivial or insignificant interference with this liberty attracts *Charter* scrutiny. To interpret detention this broadly would trivialize the applicable *Charter* rights and overshoot their purpose. Only the individual whose liberty is meaningfully constrained has genuine need of the additional rights accorded by the *Charter* to people in that situation.

[27] Having rejected the extreme positions advanced, the question is where between them the line that marks detention under ss. 9 and 10 is to be traced. This is a question that is not easily answered in the abstract; as in so many areas of the law, the most useful guidance derives from the decided cases. In what follows, we set out the general principle of choice that underlies the determination. We then discuss situations which illustrate where the line should be drawn.

[28] The general principle that determines detention for *Charter* purposes was set out in *Therens*:

pas le choix dans les circonstances, même si la police ne s'est pas formellement saisie d'elle. C'est pourquoi il faut écarter la première interprétation. Ce rejet est conforme à la règle selon laquelle il faut donner aux principes énoncés dans la *Charte* une interprétation libérale et non formaliste et il évite de réduire l'objet de la protection conférée par les art. 9 et 10.

[26] Il faut également écarter la deuxième interprétation de « détention » qui l'assimile à toute entrave, aussi mineure soit-elle. Comme l'a indiqué le juge Iacobucci au par. 19 de l'arrêt *Mann* :

> . . . il est impossible d'affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu'elle intercepte aux fins d'identification ou même d'interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu'elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n'entrent pas en jeu lorsque le retard n'implique pas l'application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables.

Il est évident que, malgré le sens large donné aux entraves contre lesquelles l'art. 9 vise à protéger, — sens qui englobe celles tant à la liberté psychologique qu'à la liberté physique — toute entrave anodine ou négligeable ne donnera pas lieu à un examen fondé sur la *Charte*. Une interprétation aussi large de la détention banaliserait les droits garantis par la *Charte* et leur conférerait une portée excédant leur objet. Seule une personne dont la liberté est considérablement limitée a véritablement besoin des droits supplémentaires que la *Charte* confère aux personnes se trouvant dans cette situation.

[27] Le rejet des sens limites proposés nous oblige à nous demander à quel point, entre ces deux extrêmes, intervient la détention visée par les art. 9 et 10. Il n'est pas facile de répondre à cette question dans l'abstrait et, comme il arrive souvent en droit, la jurisprudence est notre meilleur guide. Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons d'abord le principe général du choix qui sous-tend cet examen puis nous étudierons des situations illustrant où il convient de tracer la ligne.

[28] Le principe général servant à déterminer s'il y a détention au sens où il faut l'entendre

a person is detained where he or she "submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist" (*per* Le Dain J., at p. 644). This principle is consistent with the notion of choice that underlies our conception of liberty and, as such, shapes our interpretation of ss. 9 and 10 of the *Charter*. When detention removes the "choice to do otherwise" but comply with a police direction, s. 10(*b*) serves an indispensable purpose. It protects, among other interests, the detainee's ability to choose whether to cooperate with the investigation by giving a statement. The ambit of detention for constitutional purposes is informed by the need to safeguard this choice without impairing effective law enforcement. This explains why the extremes of formally asserted control on the one hand and a passing encounter on the other have been rejected; the former restricts detention in a way that denies the accused rights he or she needs and should have, while the latter would confer rights where they are neither necessary or appropriate.

[29] The language of ss. 9 and 10 is consistent with this purpose-based approach to detention. The pairing of "detained" and "imprisoned" in s. 9 provides textual guidance for determining where the constitutional line between justifiable and unjustifiable interference should be drawn. "Imprisonment" connotes total or near-total loss of liberty. The juxtaposition of "imprisoned" with "detained" suggests that a "detention" requires significant deprivation of liberty. Similarly, the words "arrest or detention" in s. 10 suggest that a "detention" exists when the deprivation of liberty may have legal consequences. This linguistic context requires exclusion of police stops where the subject's rights are not seriously in issue.

[30] Moving on from the fundamental principle of the right to choose, we find that psychological constraint amounting to detention has been recognized in two situations. The first is where the subject is legally required to comply with a direction or

pour l'application de la *Charte* a été formulé dans *Therens* : une personne est détenue lorsqu'elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement » (le juge Le Dain, p. 644). Ce principe, s'accordant à la notion de choix qui sous-tend notre conception de la liberté, oriente notre interprétation des art. 9 et 10 de la *Charte*. Lorsque, par suite de la détention, une personne n'a d'autre « choix » que d'obtempérer à un ordre de la police, l'al. 10*b*) sert un objet essentiel. Il protège, entre autres, la capacité de cette personne de choisir si elle coopérera ou non à l'enquête en faisant une déclaration. En définissant la notion de détention en contexte constitutionnel, il faut donc tenir compte de la nécessité de protéger ce choix sans nuire à l'application efficace de la loi. C'est pourquoi les cas limites de contrainte policière formelle ou de contact passager ont été écartés : le premier restreint la notion à un point tel que l'accusé est privé de droits dont il a besoin et qu'il doit posséder, tandis que le second confère des droits superflus ou inappropriés.

[29] Le libellé des art. 9 et 10 se prête à l'application d'une approche téléologique pour définir la détention. La juxtaposition des mots « détention » et « emprisonnement » à l'art. 9 fournit des indices textuels pour l'établissement de la ligne de démarcation constitutionnelle entre l'entrave qui est justifiable et celle qui ne l'est pas. Le mot « emprisonnement » suggérant une perte de liberté totale ou presque, la juxtaposition de ce mot et du mot « détention » donne à penser que la détention exige une perte de liberté considérable. De même, les mots « arrestation ou détention » qui figurent à l'art. 10 donnent à penser qu'il y a « détention » seulement lorsque la privation de liberté risque d'entraîner des conséquences juridiques. Ainsi, le contexte lexical exige que soient exclues de la détention visée par l'art. 9 les interceptions policières qui ne compromettent pas sérieusement les droits des personnes interpellées.

[30] En partant du principe fondamental du droit de choisir, nous estimons que la jurisprudence a reconnu deux formes de contrainte psychologique assimilable à une détention. La première se produit lorsque le sujet est légalement tenu de se conformer

demand, as in the case of a roadside breath sample. The second is where there is no legal obligation to comply with a restrictive or coercive demand, but a reasonable person in the subject's position would feel so obligated. The rationale for this second form of psychological detention was explained by Le Dain J. in *Therens* as follows:

> In my opinion, it is not realistic, as a general rule, to regard compliance with a demand or direction by a police officer as truly voluntary, in the sense that the citizen feels that he or she has the choice to obey or not, even where there is in fact a lack of statutory or common law authority for the demand or direction and therefore an absence of criminal liability for failure to comply with it. Most citizens are not aware of the precise legal limits of police authority. Rather than risk the application of physical force or prosecution for wilful obstruction, the reasonable person is likely to err on the side of caùtion, assume lawful authority and comply with the demand. The element of psychological compulsion, in the form of a reasonable perception of suspension of freedom of choice, is enough to make the restraint of liberty involuntary. Detention may be effected without the application or threat of application of physical restraint if the person concerned submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist. [Emphasis added; p. 644.]

[31] This second form of psychological detention — where no legal compulsion exists — has proven difficult to define consistently. The question is whether the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand. As held in *Therens*, this must be determined objectively, having regard to all the circumstances of the particular situation, including the conduct of the police. As discussed in more detail below and summarized at para. 44, the focus must be on the state conduct in the context of the surrounding legal and factual situation, and how that conduct would be perceived by a reasonable person in the situation as it develops.

à un ordre ou à une sommation, comme celle de fournir un échantillon d'haleine. La seconde intervient lorsque le sujet n'est pas légalement tenu d'obtempérer à une sommation contraignante ou coercitive, mais qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation se sentirait obligée de le faire. Le juge Le Dain a expliqué comme suit dans l'arrêt *Therens*, l'existence de cette deuxième forme de détention psychologique :

> À mon avis, il est, en règle générale, irréaliste de considérer l'obéissance à une sommation ou à un ordre d'un policier comme un acte réellement volontaire en ce sens que l'intéressé se sent libre d'obéir ou de désobéir, même lorsque la sommation ou l'ordre en question n'est autorisé ni par la loi ni par la *common law*, et que, par conséquent, le refus d'y obtempérer n'entraîne aucune responsabilité criminelle. La plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police. Plutôt que de s'exposer à l'usage de la force physique ou à des poursuites pour avoir volontairement entravé la police dans l'exécution de son devoir, il est probable que la personne raisonnable péchera par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale. L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de liberté. Il peut y avoir détention sans qu'il y ait contrainte physique ou menace de contrainte physique, si la personne intéressée se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement. [Nous soulignons; p. 644.]

[31] Cette deuxième forme de détention psychologique — qui survient en l'absence de contrainte légale — s'avère difficile à définir de façon cohérente. Il faut se demander si la conduite policière inciterait une personne raisonnable à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre ou à la sommation de la police. Suivant *Therens*, cette question doit faire l'objet d'une évaluation objective, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de la situation particulière, y compris de la conduite policière. Comme en témoignent nos propos ultérieurs et le résumé que nous formulons au par. 44, l'analyse doit être centrée sur la conduite de l'État dans le contexte de la situation juridique et factuelle en cause et sur la façon dont cette conduite serait perçue par une personne raisonnable pendant que surviennent les événements.

[32] The objective nature of this inquiry recognizes that the police must be able to know when a detention occurs, in order to allow them to fulfill their attendant obligations under the *Charter* and afford the individual its added protections. However, the subjective intentions of the police are not determinative. (Questions such as police "good faith" may become relevant when the test for exclusion of evidence under s. 24(2) is applied, in cases where a *Charter* breach is found.) While the test is objective, the individual's particular circumstances and perceptions at the time may be relevant in assessing the reasonableness of any perceived power imbalance between the individual and the police, and thus the reasonableness of any perception that he or she had no choice but to comply with the police directive. To answer the question whether there is a detention involves a realistic appraisal of the entire interaction as it developed, not a minute parsing of words and movements. In those situations where the police may be uncertain whether their conduct is having a coercive effect on the individual, it is open to them to inform the subject in unambiguous terms that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go. It is for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed between police conduct that respects liberty and the individual's right to choose, and conduct that does not.

[33] In most cases, it will be readily apparent whether or not an encounter between the police and an individual results in a detention. Making the task easier is the fact that what would reasonably be understood by all concerned is often informed by generally understood legal rights and duties, as a few examples illustrate.

[34] At one end of the spectrum of possibilities, detention overlaps with arrest or imprisonment and the *Charter* will clearly apply. Similarly,

[32] La nature objective de cet examen reconnaît la nécessité que les policiers soient en mesure de savoir quand il y a détention afin qu'ils puissent s'acquitter des obligations qu'impose la *Charte* en ce cas et qu'ils puissent accorder à la personne détenue les protections supplémentaires qui lui sont conférées. Toutefois, les intentions subjectives des policiers ne sont pas déterminantes. (Des questions comme celle de la « bonne foi » des policiers peuvent devenir pertinentes — dans les cas où le tribunal conclut qu'il y a eu violation de la *Charte* — lors de l'application du test en matière d'exclusion d'éléments de preuve prévu au par. 24(2).) Bien que le test soit objectif, la situation particulière de la personne visée ainsi que ses perceptions au moment envisagé peuvent être pertinentes pour déterminer si elle pouvait raisonnablement conclure à un déséquilibre entre son pouvoir et celui des policiers, et donc raisonnablement penser qu'elle n'avait d'autre choix que d'obéir à la directive donnée. Pour répondre à la question de savoir s'il y a détention, il faut procéder à une évaluation réaliste de la totalité du contact tel qu'il s'est déroulé, et non à une analyse détaillée de chacun des mots prononcés et des gestes posés. Dans les cas où les policiers ne savent pas avec certitude si leur conduite a un effet coercitif, ils peuvent dire clairement à la personne visée qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider — en appliquant les principes de droit pertinents aux faits particuliers de l'espèce — si la police a franchi la limite entre une conduite qui respecte la liberté et le droit de choisir du sujet et une conduite qui porte atteinte à ces droits.

[33] Dans la plupart des cas, on peut aisément dire si le contact entre un policier et un individu constitue ou non une détention. La tâche est d'autant plus facile que ce que toutes les parties concernées concluraient raisonnablement repose souvent sur des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises, comme l'illustrent quelques exemples.

[34] À une extrémité de l'éventail des possibilités, la détention coïncide avec l'arrestation ou l'emprisonnement, et il est évident que la *Charte*

a legal obligation to comply with a police demand or direction, such as a breath sample demand at the roadside, clearly denotes s. 9 detention. As Le Dain J. observed in *Therens*, "[i]t is not realistic to speak of a person who is liable to arrest and prosecution for refusal to comply with a demand which a peace officer is empowered by statute to make as being free to refuse to comply" (p. 643).

[35] At the other end of the spectrum lie encounters between individual and police where it would be clear to a reasonable person that the individual is not being deprived of a meaningful choice whether or not to cooperate with a police demand or directive and hence not detained.

[36] We may rule out at the outset situations where the police are acting in a non-adversarial role and assisting members of the public in circumstances commonly accepted as lacking the essential character of a detention. In many common situations, reasonable people understand that the police are not constraining individual choices, but rather helping people or gathering information. For instance, the reasonable person would understand that a police officer who attends at a medical emergency on a 911 call is not detaining the individuals he or she encounters. This is so even if the police, in taking control of the situation, effectively interfere with an individual's freedom of movement. Such deprivations of liberty will not be significant enough to attract *Charter* scrutiny because they do not attract legal consequences for the concerned individuals.

[37] Another often-discussed situation is when police officers approach bystanders in the wake of an accident or crime, to determine if they witnessed the event and obtain information that may assist in their investigation. While many people may be happy to assist the police, the law is clear that, subject to specific provisions that may exceptionally govern, the citizen is free to walk away:

s'applique. De la même façon, lorsqu'il existe une obligation légale d'obtempérer à une sommation ou à un ordre de la police, par exemple pour fournir un échantillon d'haleine, il y a manifestement détention au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 9. Comme le juge Le Dain l'a signalé dans *Therens*, « [i]l est irréaliste de dire d'une personne qui est passible d'arrestation et de poursuites pour refus d'obtempérer à une sommation faite par un agent de la paix dans l'exercice du pouvoir que lui confère la loi, qu'elle est libre de refuser d'obtempérer à cette sommation » (p. 643).

[35] À l'autre extrémité de l'éventail se trouve le contact entre un policier et un individu qui, aux yeux d'une personne raisonnable, n'empêche manifestement pas l'exercice véritable du choix de se conformer ou non à la sommation ou à la directive de la police et ne constitue donc pas une détention.

[36] Nous pouvons écarter d'emblée les situations où les policiers n'accomplissent pas de fonction répressive, mais prêtent assistance à des membres du public dans des circonstances qui, de l'avis général, ne recèlent aucune des caractéristiques essentielles de la détention. Dans beaucoup de situations courantes, les personnes raisonnables comprennent que la police ne restreint pas les choix individuels, mais qu'elle aide des gens ou recueille des renseignements. Elles comprennent, par exemple, que le policier qui répond à une urgence médicale à la suite d'un appel au 911 ne détient pas les personnes avec qui il interagit, et ce, même s'il restreint effectivement leur liberté de mouvement en prenant la direction des opérations. De telles atteintes à la liberté ne sont pas suffisamment considérables pour justifier un examen fondé sur la *Charte* parce qu'elles sont dépourvues de conséquences juridiques pour les personnes concernées.

[37] Une autre situation dont il est souvent question est celle où les policiers abordent les personnes qui se trouvent sur les lieux d'un accident ou d'un crime afin de déterminer si elles ont été témoins de l'événement et d'obtenir des renseignements susceptibles de les aider dans leur enquête. Même si beaucoup d'individus sont disposés à aider la police, il est clairement établi en droit que, sous réserve de

R. v. Grafe (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.). Given the existence of such a generally understood right in such circumstances, a reasonable person would not conclude that his or her right to choose whether to cooperate with them has been taken away. This conclusion holds true even if the person may feel compelled to cooperate with the police out of a sense of moral or civic duty. The Ontario Court of Appeal adverted to this concept in *Grafe*, where Krever J.A. wrote, at p. 271:

> The law has long recognized that although there is no legal duty there is a moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police and, in that way to assist the police: see, for example, *Rice v. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649 at p. 652, *per* Lord Parker C.J. Implicit in that moral or social duty is the right of a police officer to ask questions even, in my opinion, when he or she has no belief that an offence has been committed. To be asked questions, in these circumstances, cannot be said to be a deprivation of liberty or security.

[38] In the context of investigating an accident or a crime, the police, unbeknownst to them at that point in time, may find themselves asking questions of a person who is implicated in the occurrence and, consequently, is at risk of self-incrimination. This does not preclude the police from continuing to question the person in the pursuit of their investigation. Section 9 of the *Charter* does not require that police abstain from interacting with members of the public until they have specific grounds to connect the individual to the commission of a crime. Nor does s. 10 require that the police advise everyone at the outset of any encounter that they have no obligation to speak to them and are entitled to legal counsel.

[39] Effective law enforcement is highly dependent on the cooperation of members of the public. The police must be able to act in a manner that fosters this cooperation, not discourage it. However, police investigative powers are not without limits. The notion of psychological detention recognizes the reality that police tactics, even in the absence

dispositions précises qui s'appliquent exceptionnellement, les citoyens sont libres de quitter les lieux : *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.). Compte tenu de l'existence d'un tel droit généralement compris dans de telles circonstances, une personne raisonnable ne penserait pas avoir été privée de son droit de choisir de collaborer ou non avec la police. Cette conclusion est valable même si la personne se sent tenue de collaborer par obligation morale ou par devoir civique. La Cour d'appel de l'Ontario a fait allusion à ce concept dans *Grafe*, où le juge Krever a écrit ce qui suit à la p. 271 :

> [TRADUCTION] Le droit reconnaît depuis longtemps, même en l'absence d'obligation légale, l'existence d'un devoir moral et social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers et de leur prêter ainsi assistance : voir, par exemple, les motifs du lord juge en chef Parker dans *Rice c. Connolly*, [1966] 2 All E.R. 649, p. 652. L'existence de cette obligation morale ou sociale habilite implicitement un policier à poser des questions même, selon moi, quand il n'a aucune raison de croire qu'une infraction a été commise. Dans de telles circonstances, se faire poser des questions ne peut être considéré comme une privation de liberté ou de sécurité.

[38] Il se peut qu'au cours d'une enquête sur un accident ou un crime, des policiers posent, sans le savoir, des questions à une personne qui est impliquée dans l'incident et qui, par conséquent, risque de s'incriminer. Ils ne sont pas pour autant empêchés de continuer à interroger cette personne dans le cadre de leur enquête. L'article 9 de la *Charte* n'oblige pas les policiers à s'abstenir d'interagir avec les membres du public tant qu'ils n'ont pas de motifs précis permettant de rattacher une personne à la perpétration d'un crime. L'article 10 n'oblige pas non plus les policiers à informer d'emblée toute personne de son droit de garder le silence et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[39] L'application efficace de la loi dépend largement de la coopération des membres du public. Les policiers doivent avoir la capacité d'agir de façon à favoriser cette coopération, et non à la décourager. Cependant, les pouvoirs d'enquête des policiers ne sont pas illimités. La notion de détention psychologique reconnaît la possibilité que des tactiques

of exercising actual physical restraint, may be coercive enough to effectively remove the individual's choice to walk away from the police. This creates the risk that the person may reasonably feel compelled to incriminate himself or herself. Where that is the case, the police are no longer entitled simply to expect cooperation from an individual. Unless, as stated earlier, the police inform the person that he or she is under no obligation to answer questions and is free to go, a detention may well crystallize and, when it does, the police must provide the subject with his or her s. 10(*b*) rights. That the obligation arises only on detention represents part of the balance between, on the one hand, the individual rights protected by ss. 9 and 10 and enjoyed by all members of society, and on the other, the collective interest of all members of society in the ability of the police to act on their behalf to investigate and prevent crime.

[40] A more complex situation may arise in the context of neighbourhood policing where the police are not responding to any specific occurrence, but where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. This is the situation that arises in this case.

[41] As discussed earlier, general inquiries by a patrolling officer present no threat to freedom of choice. On the other hand, such inquiries can escalate into situations where the focus shifts from general community-oriented concern to suspicion of a particular individual. Focussed suspicion, in and of itself, does not turn the encounter in a detention. What matters is how the police, based on that suspicion, interacted with the subject. The language of the *Charter* does not confine detention to situations where a person is in potential jeopardy of arrest. However, this is a factor that may help to determine whether, in a particular circumstance, a reasonable person would conclude he or she had no choice but to comply with a police officer's request. The police must be mindful that, depending on how they act and what they say, the point may be reached where

policières, même exemptes de contraintes physiques véritables, soient suffisamment coercitives pour, en réalité, priver une personne du choix de s'en aller. La personne risque alors raisonnablement de se sentir obligée de s'incriminer. En pareil cas, les policiers ne peuvent plus s'attendre simplement à ce qu'elle coopère. Répétons-le, à moins que les policiers n'informent la personne qu'elle n'est pas tenue de répondre aux questions et qu'elle est libre de partir, il se peut fort bien que la détention se soit cristallisée. Dès lors, les policiers doivent observer les garanties juridiques énoncées à l'al. 10*b*). Le fait que l'obligation ne prenne naissance qu'en cas de détention est un des éléments qui permet d'établir un équilibre entre, d'une part, les droits individuels garantis par les art. 9 et 10 dont bénéficient tous les membres de la société et, d'autre part, l'intérêt collectif de la société à ce que la police puisse effectuer des enquêtes et réprimer le crime.

[40] Les services de police communautaire donnent lieu à une situation plus complexe. En effet, dans ce contexte, les policiers n'interviennent pas en réponse à un incident précis, mais leur fonction non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. C'est la situation qui s'est présentée en l'espèce.

[41] Comme nous l'avons vu précédemment, le fait qu'un policier patrouilleur pose des questions générales ne constitue pas une menace à la liberté de choix. Par contre, poser ce type de questions peut conduire à des situations où les préoccupations générales de police communautaire cèdent le pas aux soupçons à l'égard d'un individu en particulier. Les soupçons ne transforment pas en soi le contact en détention. Ce qui compte, c'est la façon dont la police, compte tenu de ces soupçons, a interagi avec l'individu. Le libellé de la *Charte* ne limite pas la détention aux situations où une personne risque d'être mise en état d'arrestation. Cependant, ce facteur peut aider à déterminer si, dans une situation donnée, une personne raisonnable conclurait qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer à la demande des policiers. Ces derniers doivent être

a reasonable person, in the position of that individual, would conclude he or she is not free to choose to walk away or decline to answer questions.

[42] The length of the encounter said to give rise to the detention may be a relevant consideration. Consider the act of a police officer placing his or her hand on an individual's arm. If sustained, it might well lead a reasonable person to conclude that his or her freedom to choose whether to cooperate or not has been removed. On the other hand, a fleeting touch may not, depending on the circumstances, give rise to a reasonable conclusion that one's liberty has been curtailed. At the same time, it must be remembered that situations can move quickly, and a single forceful act or word may be enough to cause a reasonable person to conclude that his or her right to choose how to respond has been removed.

[43] Whether the individual has been deprived of the right to choose simply to walk away will depend, to reiterate, on all the circumstances of the case. It will be for the trial judge to determine on all the evidence. Deference is owed to the trial judge's findings of fact, although application of the law to the facts is a question of law.

[44] In summary, we conclude as follows:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply.

2. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether

conscients que leurs gestes et leurs paroles peuvent créer une situation où une personne raisonnable, dans la même situation, conclurait en effet qu'elle n'est pas libre de s'en aller ou de refuser de répondre aux questions.

[42] La durée du contact censé constituer une détention peut être un facteur pertinent. Prenons l'exemple d'une policière qui poserait sa main sur le bras d'un individu. Si ce geste dure, il pourrait fort bien amener une personne raisonnable à conclure que sa liberté de choisir entre collaborer ou non lui a été retirée, ce que ne ferait peut-être pas un effleurement, compte tenu des circonstances. Il faut cependant se rappeler qu'une situation peut évoluer rapidement et qu'un seul acte ou mot percutant peut induire une personne raisonnable à conclure qu'elle n'a plus le droit de choisir comment répondre à la situation.

[43] Rappelons, d'une part, que la question de savoir si la personne a été privée du droit de choisir de simplement quitter les lieux dépend de toutes les circonstances de l'affaire et, d'autre part, qu'il appartient au juge du procès de la trancher en fonction de l'ensemble de la preuve. S'il est vrai qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de fait du juge du procès, l'application du droit aux faits constitue une question de droit.

[44] En résumé, nous arrivons aux conclusions suivantes :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer.

2. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si

a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors:

(a) The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual: whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation.

(b) The nature of the police conduct, including the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred; the presence of others; and the duration of the encounter.

(c) The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant, including age; physical stature; minority status; level of sophistication.

2. Was the Appellant Detained Prior to Incriminating Himself?

[45] Against this background, we return to the question at hand: Was Mr. Grant detained within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter* before the questions that led him to disclose his firearm? The trial judge held that he was not. An appellate court must approach a trial judge's decision on this issue with appropriate deference. However, we agree with Laskin J.A. that the trial judge's conclusion on the question of detention is undermined by certain key findings of fact that cannot reasonably be supported by the evidence. In the circumstances, it is necessary to revisit the issue.

[46] This is not a clear case of physical restraint or compulsion by operation of law. Accordingly, we

une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants :

a) Les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir : les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée?

b) La nature de la conduite des policiers, notamment les mots employés, le recours au contact physique, le lieu de l'interaction, la présence d'autres personnes et la durée de l'interaction.

c) Les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence, notamment son âge, sa stature, son appartenance à une minorité ou son degré de discernement.

2. L'appelant a-t-il été mis en détention avant de s'incriminer?

[45] Le contexte étant posé, revenons à la question qui nous occupe : M. Grant était-il en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* lorsqu'on lui a posé les questions qui l'ont amené à révéler l'existence de l'arme à feu? Le juge du procès a estimé qu'il ne l'était pas. La déférence s'impose, en appel, à l'égard des décisions de première instance sur cette question. Toutefois, nous souscrivons à l'opinion du juge Laskin selon laquelle la conclusion du juge du procès quant à la question de la détention est viciée par d'importantes conclusions de fait qui ne peuvent raisonnablement être étayées par la preuve. L'examen doit donc être repris.

[46] Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas clair de contrainte physique ou légale. Par conséquent, nous

must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant's position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed.

[47] The encounter began with Cst. Gomes approaching Mr. Grant (stepping in his path) and making general inquiries. Such preliminary questioning is a legitimate exercise of police powers. At this stage, a reasonable person would not have concluded he or she was being deprived of the right to choose how to act, and for that reason there was no detention.

[48] Cst. Gomes then told the appellant to "keep his hands in front of him". This act, viewed in isolation, might be insufficient to indicate detention, on the ground that it was simply a precautionary directive. However, consideration of the entire context of what transpired from this point forward leads to the conclusion that Mr. Grant was detained.

[49] Two other officers approached, flashing their badges and taking tactical adversarial positions behind Cst. Gomes. The encounter developed into one where Mr. Grant was singled out as the object of particularized suspicion, as evidenced by the conduct of the officers. The nature of the questioning changed from ascertaining the appellant's identity to determining whether he "had anything that he should not". At this point the encounter took on the character of an interrogation, going from general neighbourhood policing to a situation where the police had effectively taken control over the appellant and were attempting to elicit incriminating information.

[50] Although Cst. Gomes was respectful in his questioning, the encounter was inherently intimidating. The power imbalance was obviously exacerbated by Mr. Grant's youth and inexperience. Mr. Grant did not testify, so we do not know what his perceptions of the interaction actually were. However, because the test is an objective one, this

devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s'en aller ou obtempérer) lui avait été retiré.

[47] Le contact a débuté lorsque l'agent Gomes a abordé M. Grant (se mettant en travers de son chemin) et lui a posé des questions d'ordre général. Une interpellation préliminaire de ce genre s'inscrit dans l'exercice légitime des pouvoirs policiers. Une personne raisonnable n'aurait pas conclu, à ce stade, qu'elle était privée de son droit de choisir comment agir et, pour cette raison, il n'y avait pas détention.

[48] L'agent Gomes a ensuite dit à l'appelant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Pris isolément, on pourrait considérer ce geste comme une simple directive inspirée par la prudence et insuffisante pour constituer une détention. Toutefois, son examen dans le contexte de tout ce qui en a découlé nous porte à conclure que M. Grant a été mis en détention.

[49] Deux autres policiers se sont approchés, ont montré leur insigne et ont tactiquement pris une position antagonique derrière l'agent Gomes. La situation avait évolué, et M. Grant était personnellement devenu la cible de soupçons, comme le prouve la conduite des agents. Les questions, qui visaient d'abord à contrôler l'identité de l'appelant, ont alors eu pour objet de déterminer s'il « avait quelque chose qu'il ne devait pas avoir ». À ce moment, le contact relevant de services de police communautaire est devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'appelant était bel et bien contrôlé par les policiers.

[50] Même si l'agent Gomes s'est montré respectueux en posant ses questions, l'interpellation était intrinsèquement intimidante. En outre, la jeunesse et l'inexpérience de M. Grant ont sans aucun doute accentué l'inégalité du rapport de force. Monsieur Grant n'a pas témoigné, de sorte que nous ignorons comment il a perçu ce qui se passait, mais vu la

is not fatal to his argument that there was a detention. We agree with Laskin J.A.'s conclusion that Mr. Grant was detained. In our view, the evidence supports Mr. Grant's contention that a reasonable person in his position (18 years old, alone, faced by three physically larger policemen in adversarial positions) would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct.

[51] The police conduct that gave rise to an impression of control was not fleeting. The direction to Mr. Grant to keep his hands in front, in itself inconclusive, was followed by the appearance of two other officers flashing their badges and by questioning driven by focussed suspicion of Mr. Grant. The sustained and restrictive tenor of the conduct after the direction to Mr. Grant to keep his hands in front of him reasonably supports the conclusion that the officers were putting him under their control and depriving him of his choice as to how to respond.

[52] We conclude that Mr. Grant was detained when Cst. Gomes told him to keep his hands in front of him, the other two officers moved into position behind Cst. Gomes, and Cst. Gomes embarked on a pointed line of questioning. At this point, Mr. Grant's liberty was clearly constrained and he was in need of the *Charter* protections associated with detention.

3. Was the Detention Arbitrary Under Section 9?

[53] We have determined that the appellant was detained prior to his arrest. The question at this point is whether the detention was "arbitrary" within the meaning of s. 9.

[54] The s. 9 guarantee against arbitrary detention is a manifestation of the general principle, enunciated in s. 7, that a person's liberty is not to be curtailed except in accordance with the principles of fundamental justice. As this Court has stated: "This guarantee expresses one of the most

nature objective du test applicable, cette ignorance ne porte pas un coup fatal à sa prétention qu'il était détenu. Nous pensons, comme le juge Laskin, qu'il y a eu détention. À notre avis, la preuve étaye l'affirmation de M. Grant qu'une personne raisonnable placée dans sa situation (18 ans, seul, devant trois policiers plus costauds que lui et en position antagonique) aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir.

[51] L'impression que les policiers contrôlaient l'appelant ne découlait pas d'un comportement fugace. L'ordre adressé à M. Grant de garder les mains devant lui, qui n'est pas déterminant en soi, a été suivi de l'arrivée de deux autres policiers qui ont sorti leur insigne et de questions procédant de soupçons dont M. Grant était la cible. La durée et le caractère contraignant des gestes qui ont suivi l'ordre permettent de conclure raisonnablement que les policiers plaçaient l'appelant sous leur autorité et le privaient du choix de la façon de réagir.

[52] Nous estimons que M. Grant a été mis en détention lorsque l'agent Gomes lui a dit de garder les mains devant lui, que les deux autres policiers ont pris position derrière l'agent Gomes et que ce dernier a entrepris de lui poser une série de questions plus ciblées. À ce stade, la liberté de M. Grant était manifestement restreinte et il avait besoin des mesures de protection garanties par la *Charte* en cas de détention.

3. S'agissait-il d'une détention arbitraire visée par l'art. 9?

[53] Nous avons conclu que l'appelant avait été mis en détention avant son arrestation. À présent, il faut déterminer s'il s'agissait d'une détention « arbitraire » visée par l'art. 9.

[54] La garantie contre la détention arbitraire énoncée à l'art. 9 est une manifestation du principe général, énoncé à l'art. 7, selon lequel il ne peut être porté atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme notre Cour l'a indiqué : « Cette garantie exprime une des

fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law" (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at para. 88). Section 9 serves to protect individual liberty against unlawful state interference. A lawful detention is not arbitrary within the meaning of s. 9 (*Mann*, at para. 20), unless the law authorizing the detention is itself arbitrary. Conversely, a detention not authorized by law is arbitrary and violates s. 9.

[55] Earlier suggestions that an unlawful detention was not necessarily arbitrary (see *R. v. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.)) have been overtaken by *Mann*, in which this Court confirmed the existence of a common law police power of investigative detention. The concern in the earlier cases was that an arrest made on grounds falling just short of the "reasonable and probable grounds" required for arrest should not automatically be considered arbitrary in the sense of being baseless or capricious. *Mann*, in confirming that a brief investigative detention based on "reasonable suspicion" was lawful, implicitly held that a detention in the absence of at least reasonable suspicion is unlawful and therefore arbitrary within s. 9.

[56] This approach mirrors the framework developed for assessing unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Charter*. Under *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and subsequent cases dealing with s. 8, a search must be authorized by law to be reasonable; the authorizing law must itself be reasonable; and the search must be carried out in a reasonable manner. Similarly, it should now be understood that for a detention to be non-arbitrary, it must be authorized by a law which is itself non-arbitrary. We add that, as with other rights, the s. 9 prohibition of arbitrary detention may be limited under s. 1 by such measures "prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit » (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 88). L'article 9 a pour objet de protéger la liberté individuelle contre l'ingérence injustifiée de l'État. Une détention autorisée par la loi n'est pas arbitraire au sens de l'art. 9 (*Mann*, par. 20) à moins que la loi elle-même ne le soit. À l'inverse, la détention qui n'est pas légalement autorisée est arbitraire et elle viole l'art. 9.

[55] Dans *Mann*, notre Cour a écarté l'idée — évoquée dans la jurisprudence antérieure (voir *R. c. Duguay* (1985), 18 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.)) — qu'une détention non autorisée par la loi n'était pas nécessairement arbitraire et elle a confirmé l'existence en common law d'un pouvoir policier de détention pour enquête. On voulait, dans cette jurisprudence, qu'une arrestation reposant sur des motifs qui ne correspondaient pas tout à fait aux « motifs raisonnables et probables » nécessaires ne soit pas automatiquement jugée arbitraire au sens de dépourvue de fondement ou abusive. *Mann*, en confirmant la légalité de détentions brèves aux fins d'enquête fondées sur des « soupçons raisonnables », a statué implicitement que, s'il n'existait pas au moins des soupçons raisonnables, la détention était illégale et, par conséquent, arbitraire au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 9.

[56] Ce raisonnement reprend le cadre d'analyse élaboré pour l'évaluation du caractère abusif des fouilles, perquisitions et saisies pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Suivant *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et les arrêts subséquents portant sur l'art. 8, pour ne pas être jugées abusives, les fouilles ou perquisitions doivent être autorisées par une règle de droit elle-même exempte de caractère abusif et elles doivent être effectuées de façon non abusive. De la même façon, il faut maintenant comprendre que, pour ne pas être jugée arbitraire, la détention doit être autorisée par une loi elle-même non arbitraire. Nous ajoutons que le droit à la protection contre la détention arbitraire

society": see *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, and *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257.

[57] Here, the officers acknowledged at trial that they did not have legal grounds or reasonable suspicion to detain the accused prior to his incriminating statements. No issue was taken with this concession on appeal. We therefore conclude that the detention was arbitrary and in breach of s. 9.

4. Was the Appellant's Section 10(*b*) Right to Counsel Infringed?

[58] In *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, we conclude that the s. 10(*b*) right to counsel arises immediately upon detention, whether or not the detention is solely for investigative purposes. That being the case, s. 10(*b*) of the *Charter* required the police to advise Mr. Grant that he had the right to speak to a lawyer, and to give him a reasonable opportunity to obtain legal advice if he so chose, before proceeding to elicit incriminating information from him. Because he now faced significant legal jeopardy and had passed into the effective control of the police, the appellant was "in immediate need of legal advice": *R. v. Brydges*, [1990] 1 S.C.R. 190, at p. 206. Because the officers did not believe they had detained the appellant, they did not comply with their obligations under s. 10(*b*). The breach of s. 10(*b*) is established.

B. *Exclusion of the Evidence*

1. Background

[59] When must evidence obtained in violation of a person's *Charter* rights be excluded? Section 24(2) of the *Charter* provides the following answer:

énoncé à l'art. 9 peut, à l'instar des autres droits, être restreint selon l'article premier « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » : voir *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, et *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257.

[57] En l'espèce, les policiers ont reconnu au procès qu'ils n'avaient pas de motif juridique ou de soupçon raisonnable les autorisant à détenir l'accusé avant que celui-ci fasse les déclarations incriminantes. Cet aveu n'a pas été contesté en appel. Nous concluons donc que la détention était arbitraire et qu'elle violait l'art. 9.

4. Y a-t-il eu atteinte au droit de l'appelant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*)?

[58] Dans *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, nous avons conclu que le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) prend naissance dès la mise en détention, que celle-ci serve exclusivement ou non à des fins d'enquête. Il fallait donc que les policiers informent M. Grant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et qu'ils lui donnent une possibilité raisonnable de s'en prévaloir — si tel était son souhait — avant de tenter d'obtenir de lui des renseignements incriminants. Parce qu'il courait alors un risque important sur le plan juridique et qu'il se trouvait sous l'autorité de la police, l'appelant avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » : *R. c. Brydges*, [1990] 1 R.C.S. 190, p. 206. Or les policiers, ne croyant pas l'avoir mis en détention, ne se sont pas conformés aux obligations que leur imposait l'al. 10*b*). La violation de l'al. 10*b*) est donc établie.

B. *L'exclusion d'éléments de preuve*

1. Le contexte

[59] Quand faut-il écarter les éléments de preuve obtenus en violation de droits garantis par la *Charte*? Le paragraphe 24(2) de la *Charte* répond ainsi à cette question :

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.

[60] The test set out in s. 24(2) — what would bring the administration of justice into disrepute having regard to all the circumstances — is broad and imprecise. The question is what considerations enter into making this determination. In *Collins* and in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court endeavoured to answer this question. The *Collins/Stillman* framework, as interpreted and applied in subsequent decisions, has brought a measure of certainty to the s. 24(2) inquiry. Yet the analytical method it imposes and the results it sometimes produces have been criticized as inconsistent with the language and objectives of s. 24(2). In order to understand these criticisms, it is necessary to briefly review the holdings in *Collins* and *Stillman*.

[61] In *Collins*, the Court (*per* Lamer J., as he then was) proceeded by grouping the factors to be considered under s. 24(2) into three categories: (1) whether the evidence will undermine the fairness of the trial by effectively conscripting the accused against himself or herself; (2) the seriousness of the *Charter* breach; and (3) the effect of excluding the evidence on the long-term repute of the administration of justice. While Lamer J. acknowledged that these categories were merely a "matter of personal preference" (p. 284), they quickly became formalized as the governing test for s. 24(2).

[62] *Collins* shed important light on the factors relevant to determining admissibility of *Charter*-violative evidence under s. 24(2). However, the concepts of trial fairness and conscription under the first branch of *Collins* introduced new problems of

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.

[60] Le test établi par cette disposition — ce qui est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, eu égard aux circonstances — est large et imprécis. Il faut donc se demander quels facteurs entrent dans cette appréciation. Notre Cour s'est efforcée de répondre à cette question dans *Collins* et dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Le cadre d'analyse *Collins/Stillman*, tel qu'il a été interprété et appliqué par la jurisprudence subséquente, a apporté un certain degré de certitude quant à l'examen requis par le par. 24(2). Cependant, la méthode analytique qu'il prescrit et les résultats auxquels il aboutit parfois ont été critiqués et ont fait dire à certains qu'ils ne cadraient ni avec le libellé ni avec les objets de la disposition. Pour comprendre ces critiques, il est nécessaire d'examiner brièvement les décisions rendues dans *Collins* et *Stillman*.

[61] Dans *Collins*, la Cour (sous la plume du juge Lamer, plus tard Juge en chef) a regroupé les facteurs à prendre en considération pour l'analyse requise par le par. 24(2) en trois catégories portant respectivement sur : (1) l'atteinte à l'équité du procès du fait que la preuve mobilise l'accusé contre lui-même, (2) la gravité de la violation de la *Charte* et (3) l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, vue à long terme. Bien que le juge Lamer ait indiqué que ces catégories relevaient simplement d'une préférence personnelle (p. 284), elles ont rapidement acquis le statut de test officiel pour l'application du par. 24(2).

[62] Malgré les précieux éclaircissements que *Collins* a apportés sur les facteurs applicables en matière d'appréciation de l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*, les notions d'équité du procès et de mobilisation du

their own. Moreover, questions arose about what work (if any) remained to be done under the second and third categories, once conscription leading to trial unfairness had been found. Finally, issues arose as to how to measure the seriousness of the breach under the second branch and what weight, if any, should be put on the seriousness of the offence charged in deciding whether to admit evidence.

premier volet du test ont elles-mêmes soulevé de nouveaux problèmes. En outre, on s'est demandé ce qu'il restait à examiner (le cas échéant) dans les deuxième et troisième catégories de facteurs lorsque la mobilisation qui a entraîné l'inéquité du procès a été établie. Enfin, on s'est interrogé sur la façon de mesurer la gravité de la violation de la *Charte* dans l'examen du deuxième volet de l'analyse et sur le poids à accorder (le cas échéant) à la gravité de l'infraction en cause pour décider de l'admissibilité d'un élément de preuve.

[63] The admission of physical or "real" evidence obtained from the body of the accused in breach of his or her *Charter* rights proved particularly problematic. Ten years after *Collins*, the Court revisited this question in *Stillman*. The majority held that evidence obtained in breach of the *Charter* should, at the outset of the s. 24(2) inquiry, be classified as either "conscriptive" or "non-conscriptive". Evidence would be classified as conscriptive 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": *Stillman*, at para. 80, *per* Cory J. The category of conscriptive evidence was also held to include real evidence discovered as a result of an unlawfully conscripted statement. This is known as derivative evidence.

[63] L'utilisation d'un élément de preuve matérielle obtenu du corps de l'accusé en violation des droits que lui garantit la *Charte* s'est avérée particulièrement problématique. Dix ans après *Collins*, la Cour a réexaminé la question, dans l'arrêt *Stillman*. Les juges majoritaires ont estimé qu'il faut, dès le début de l'analyse requise par le par. 24(2), classer les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* selon qu'ils sont ou non le fruit de la « mobilisation » de l'accusé contre lui-même. Les éléments de preuve seront de ceux qui découlent de la mobilisation de l'accusé contre lui-même lorsque « [ce dernier], 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 » : *Stillman*, par. 80, le juge Cory. Il a aussi été jugé que les éléments de preuve matérielle découverts par suite d'une déclaration mobilisant illégalement l'accusé contre lui-même — ce qu'on a appelé preuve dérivée — entrent dans cette catégorie.

[64] *Stillman* held that conscriptive evidence is generally inadmissible — because of its presumed impact on trial fairness — unless if it would have been independently discovered. Despite reminders that "all the circumstances" must always be considered under s. 24(2) (see *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, *per* Sopinka J., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, *per* LeBel J.), *Stillman* has generally been read as creating an all-but-automatic exclusionary rule for non-discoverable conscriptive evidence, broadening the category of conscriptive evidence and

[64] Suivant *Stillman*, les éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même sont généralement inadmissibles — en raison de leur incidence présumée sur l'équité du procès — sauf si elle pouvait être découverte de façon indépendante. Bien que la Cour ait rappelé que l'examen requis par le par. 24(2) doit toujours se faire « eu égard aux circonstances » (voir *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, le juge Sopinka, et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, le juge LeBel), on considère généralement que *Stillman* a créé une règle d'exclusion virtuellement automatique des

increasing its importance to the ultimate decision on admissibility.

[65] This general rule of inadmissibility of all non-discoverable conscriptive evidence, whether intended by *Stillman* or not, seems to go against the requirement of s. 24(2) that the court determining admissibility must consider "all the circumstances". The underlying assumption that the use of conscriptive evidence always, or almost always, renders the trial unfair is also open to challenge. In other contexts, this Court has recognized that a fair trial "is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness to the accused": *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 45. It is difficult to reconcile trial fairness as a multifaceted and contextual concept with a near-automatic presumption that admission of a broad class of evidence will render a trial unfair, regardless of the circumstances in which it was obtained. In our view, trial fairness is better conceived as an overarching systemic goal than as a distinct stage of the s. 24(2) analysis.

[66] This brief review of the impact of *Collins* and *Stillman* brings us to the heart of our inquiry on this appeal: clarification of the criteria relevant to determining when, in "all the circumstances", admission of evidence obtained by a *Charter* breach "would bring the administration of justice into disrepute".

2. Overview of a Revised Approach to Section 24(2)

[67] The words of s. 24(2) capture its purpose: to maintain the good repute of the administration of justice. The term "administration of justice" is

éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et non susceptibles d'être découverts de façon indépendante. Cette interprétation élargit la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et augmente son importance pour la décision à rendre en matière d'admissibilité.

[65] Cette règle générale de l'inadmissibilité des éléments de preuve qui ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et qui ne pouvaient être découverts autrement, voulue ou non par l'arrêt *Stillman*, semble aller à l'encontre de l'exigence formulée au par. 24(2) que la cour statuant sur l'admissibilité le fasse « eu égard aux circonstances ». Le postulat sous-jacent selon lequel le recours à une telle preuve rend toujours ou presque le procès inéquitable est lui aussi contestable. En effet, notre Cour a reconnu dans d'autres contextes que le procès équitable est « celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé » : *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 45. La notion complexe et contextuelle d'équité du procès se concilie mal avec une présomption quasi automatique selon laquelle l'utilisation d'une vaste catégorie d'éléments de preuve compromet l'équité du procès sans égard aux circonstances de leur obtention. À notre avis, il convient davantage de concevoir l'équité du procès comme un but systémique général plutôt que comme une étape distincte de l'analyse requise par le par. 24(2).

[66] Ce bref examen de l'effet des arrêts *Collins* et *Stillman* nous amène au cœur de ce qui nous occupe en l'espèce : la clarification des facteurs pertinents pour déterminer quand, « eu égard aux circonstances », l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait « susceptible de déconsidérer l'administration de la justice ».

2. Aperçu de la nouvelle méthode pour procéder à l'examen requis par le par. 24(2)

[67] Le libellé du par. 24(2) en exprime bien l'objet : préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'expression « administration

often used to indicate the processes by which those who break the law are investigated, charged and tried. More broadly, however, the term embraces maintaining the rule of law and upholding *Charter* rights in the justice system as a whole.

[68] The phrase "bring the administration of justice into disrepute" must be understood in the long-term sense of maintaining the integrity of, and public confidence in, the justice system. Exclusion of evidence resulting in an acquittal may provoke immediate criticism. But s. 24(2) does not focus on immediate reaction to the individual case. Rather, it looks to whether the overall repute of the justice system, viewed in the long term, will be adversely affected by admission of the evidence. The inquiry is objective. It asks whether a reasonable person, informed of all relevant circumstances and the values underlying the *Charter*, would conclude that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[69] Section 24(2)'s focus is not only long-term, but prospective. The fact of the *Charter* breach means damage has already been done to the administration of justice. Section 24(2) starts from that proposition and seeks to ensure that evidence obtained through that breach does not do further damage to the repute of the justice system.

[70] Finally, s. 24(2)'s focus is societal. Section 24(2) is not aimed at punishing the police or providing compensation to the accused, but rather at systemic concerns. The s. 24(2) focus is on the broad impact of admission of the evidence on the long-term repute of the justice system.

[71] A review of the authorities suggests that whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public

de la justice » est souvent employée pour désigner les processus d'enquête, d'accusation et de jugement qui entrent en jeu en cas de non-respect de la loi. Toutefois, elle englobe de façon plus générale le maintien des droits garantis par la *Charte* et du principe de la primauté du droit dans l'ensemble du système de justice.

[68] L'expression « déconsidérer l'administration de la justice » doit être prise dans l'optique du maintien à long terme de l'intégrité du système de justice et de la confiance à son égard. Certes, l'exclusion d'éléments de preuve qui aboutit à un acquittement peut provoquer des critiques sur le coup. Il n'en demeure pas moins que les réactions immédiates, dans des cas particuliers, ne sont pas visées par l'objet du par. 24(2). Cette disposition concerne plutôt l'appréciation de l'effet à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération globale dont jouit le système de justice et suppose un examen de nature objective, qui vise à déterminer si une personne raisonnable, au fait de l'ensemble des circonstances pertinentes et des valeurs sous-jacentes de la *Charte*, conclurait que l'utilisation d'éléments de preuve donnés serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[69] L'objet du par. 24(2) n'est pas seulement à long terme, il est également prospectif. L'existence d'une violation de la *Charte* signifie que l'administration de la justice a déjà été mise à mal. Le paragraphe 24(2) part de là et vise à faire en sorte que les éléments de preuve obtenus au moyen de cette violation ne déconsidèrent pas davantage le système de justice.

[70] Enfin, le par. 24(2) a un objet sociétal. Il ne vise pas à sanctionner la conduite des policiers ou à dédommager l'accusé, il a plutôt une portée systémique. Il se rapporte aux importantes répercussions de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération à long terme portée au système de justice.

[71] Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut, pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des

interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence.

(a) *Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[72] The first line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis requires a court to assess whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute by sending a message to the public that the courts, as institutions responsible for the administration of justice, effectively condone state deviation from the rule of law by failing to dissociate themselves from the fruits of that unlawful conduct. The more severe or deliberate the state conduct that led to the *Charter* violation, the greater the need for the courts to dissociate themselves from that conduct, by excluding evidence linked to that conduct, in order to preserve public confidence in and ensure state adherence to the rule of law.

[73] This inquiry therefore necessitates an evaluation of the seriousness of the state conduct that led

intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recoupent pas exactement les catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente.

a) *La gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[72] Lorsqu'il se penche sur la première question à se poser dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2), le tribunal doit évaluer si l'utilisation d'éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice en donnant à penser que les tribunaux, en tant qu'institution devant répondre de l'administration de la justice, tolèrent en fait les entorses de l'État au principe de la primauté du droit en ne se dissociant pas du fruit de ces conduites illégales. Plus les gestes ayant entraîné la violation de la *Charte* par l'État sont graves ou délibérés plus il est nécessaire que les tribunaux s'en dissocient en excluant les éléments de preuve ainsi acquis, afin de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et de faire en sorte que l'État s'y conforme.

[73] Cet examen requiert donc l'évaluation de la gravité de la conduite de l'État ayant donné lieu à

to the breach. The concern of this inquiry is not to punish the police or to deter *Charter* breaches, although deterrence of *Charter* breaches may be a happy consequence. The main concern is to preserve public confidence in the rule of law and its processes. In order to determine the effect of admission of the evidence on public confidence in the justice system, the court on a s. 24(2) application must consider the seriousness of the violation, viewed in terms of the gravity of the offending conduct by state authorities whom the rule of law requires to uphold the rights guaranteed by the *Charter*.

[74] State conduct resulting in *Charter* violations varies in seriousness. At one end of the spectrum, admission of evidence obtained through inadvertent or minor violations of the *Charter* may minimally undermine public confidence in the rule of law. At the other end of the spectrum, admitting evidence obtained through a wilful or reckless disregard of *Charter* rights will inevitably have a negative effect on the public confidence in the rule of law, and risk bringing the administration of justice into disrepute.

[75] Extenuating circumstances, such as the need to prevent the disappearance of evidence, may attenuate the seriousness of police conduct that results in a *Charter* breach: *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, *per* Cory J. "Good faith" on the part of the police will also reduce the need for the court to disassociate itself from the police conduct. However, ignorance of *Charter* standards must not be rewarded or encouraged and negligence or wilful blindness cannot be equated with good faith: *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at p. 87, *per* Dickson C.J.; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 32-33, *per* Sopinka J.; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at para. 59. Wilful or flagrant disregard of the *Charter* by those very persons who are charged with upholding the right in question may require that the court dissociate itself from such conduct. It follows that deliberate police conduct in violation of established *Charter* standards tends

la violation. Il ne s'effectue pas dans le but de sanctionner la conduite des policiers ou pour prévenir d'autres violations par la dissuasion, bien qu'un tel résultat puisse être heureux. Son but principal est de préserver la confiance du public envers le principe de la primauté du droit et envers les processus qui le mettent en œuvre. Pour évaluer l'effet de l'utilisation d'éléments de preuve sur la confiance du public envers le système de justice, le tribunal saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) doit examiner l'importance de l'atteinte sous l'angle de la gravité de la conduite répréhensible des autorités étatiques qui, en vertu du principe de la primauté du droit, sont tenues de respecter les droits garantis par la *Charte*.

[74] Les gestes de l'État résultant en une violation de la *Charte* n'ont pas tous la même gravité. À une extrémité de l'éventail des possibilités, l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite de violations mineures ou commises par inadvertance peut ébranler minimalement la confiance du public à l'égard de la primauté du droit. Par ailleurs, à l'autre extrémité, celle d'éléments de preuve obtenus au mépris délibéré des droits garantis par la *Charte* ou en ne s'en souciant pas aura nécessairement une incidence néfaste sur cette confiance et risquera de déconsidérer l'administration de la justice.

[75] Il se peut que des circonstances atténuantes, telle la nécessité d'empêcher la disparition d'éléments de preuve, réduise la gravité d'actions policières contraires à la *Charte* : *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, le juge Cory. De même, le tribunal aura moins à se dissocier de la conduite de la police lorsque celle-ci a agi de « bonne foi », quoiqu'il soit impératif de ne pas récompenser ou encourager l'ignorance des règles établies par la *Charte* et de ne pas assimiler la négligence ou l'aveuglement volontaire à la bonne foi : *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 87, le juge en chef Dickson; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 32-33, le juge Sopinka; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 59. Le non-respect délibéré ou manifeste de la *Charte* de la part de ceux-là mêmes qui sont chargés du maintien des droits qui y sont garantis peut dicter au tribunal de se dissocier d'une telle conduite. Il s'ensuit que des gestes policiers contrevenant

to support exclusion of the evidence. It should also be kept in mind that for every *Charter* breach that comes before the courts, many others may go unidentified and unredressed because they did not turn up relevant evidence leading to a criminal charge. In recognition of the need for courts to distance themselves from this behaviour, therefore, evidence that the *Charter*-infringing conduct was part of a pattern of abuse tends to support exclusion.

délibérément aux règles établies par la *Charte* tendront à fonder l'exclusion des éléments de preuve. Il faut également garder à l'esprit que pour chaque violation de la *Charte* qui aboutit devant les tribunaux, il en existe un grand nombre qui ne sont ni révélées ni corrigées parce qu'elles n'ont pas permis de recueillir d'éléments de preuve pouvant mener à des accusations. Compte tenu de la nécessité que les tribunaux se distancient de tels comportements, la preuve que des actes portant atteinte à la *Charte* s'inscrivent dans un contexte d'abus tend à fonder l'exclusion.

(b) *Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused*

b) *L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte*

[76] This inquiry focusses on the seriousness of the impact of the *Charter* breach on the *Charter*-protected interests of the accused. It calls for an evaluation of the extent to which the breach actually undermined the interests protected by the right infringed. The impact of a *Charter* breach may range from fleeting and technical to profoundly intrusive. The more serious the impact on the accused's protected interests, the greater the risk that admission of the evidence may signal to the public that *Charter* rights, however high-sounding, are of little actual avail to the citizen, breeding public cynicism and bringing the administration of justice into disrepute.

[76] L'examen de cette question met l'accent sur l'importance de l'effet qu'a la violation de la *Charte* sur les droits qui y sont garantis à l'accusé, et il impose d'évaluer la portée réelle de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit en cause. Cet effet peut être passager ou d'ordre simplement formel comme il peut être profondément attentatoire. Plus il est marqué, plus l'utilisation des éléments de preuve risque de donner à penser que les droits garantis par la *Charte*, pour encensés qu'ils soient, ne revêtent pas d'utilité réelle pour les citoyens, ce qui engendrerait le cynisme et déconsidérerait l'administration de la justice.

[77] To determine the seriousness of the infringement from this perspective, we look to the interests engaged by the infringed right and examine the degree to which the violation impacted on those interests. For example, the interests engaged in the case of a statement to the authorities obtained in breach of the *Charter* include the s. 7 right to silence, or to choose whether or not to speak to authorities (*Hebert*) — all stemming from the principle against self-incrimination: *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at para. 44. The more serious the incursion on these interests, the greater the risk that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

[77] Pour juger de la gravité de la violation dans cette perspective, nous examinons les intérêts protégés par le droit transgressé, puis évaluons l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts. Par exemple, les intérêts mis en jeu par une déclaration obtenue en violation de la *Charte* comprennent le droit de garder le silence ou de décider de parler ou non aux autorités garanti à l'art. 7 (*Hebert*) — qui découlent tous du principe interdisant l'auto-incrimination : *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, par. 44. Le risque que l'utilisation des éléments de preuve déconsidère l'administration de la justice augmente en fonction de la gravité de l'empiétement sur ces intérêts.

[78] Similarly, an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter* may impact on the protected

[78] De la même façon, une fouille ou perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte* peut

interests of privacy, and more broadly, human dignity. An unreasonable search that intrudes on an area in which the individual reasonably enjoys a high expectation of privacy, or that demeans his or her dignity, is more serious than one that does not.

(c) *Society's Interest in an Adjudication on the Merits*

[79] Society generally expects that a criminal allegation will be adjudicated on its merits. Accordingly, the third line of inquiry relevant to the s. 24(2) analysis asks whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion. This inquiry reflects society's "collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law": *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at pp. 1219-20. Thus the Court suggested in *Collins* that a judge on a s. 24(2) application should consider not only the negative impact of admission of the evidence on the repute of the administration of justice, but the impact of *failing to admit* the evidence.

[80] The concern for truth-seeking is only one of the considerations under a s. 24(2) application. The view that reliable evidence is admissible regardless of how it was obtained (see *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272) is inconsistent with the *Charter*'s affirmation of rights. More specifically, it is inconsistent with the wording of s. 24(2), which mandates a broad inquiry into all the circumstances, not just the reliability of the evidence.

[81] This said, public interest in truth-finding remains a relevant consideration under the s. 24(2) analysis. The reliability of the evidence is an important factor in this line of inquiry. If a breach (such as one that effectively compels the suspect to talk) undermines the reliability of the evidence,

avoir une incidence sur les intérêts protégés se rattachant à la vie privée et, plus généralement, à la dignité humaine. La fouille ou perquisition abusive qui est effectuée dans un contexte d'attente raisonnablement élevée en matière de vie privée ou qui porte atteinte à la dignité individuelle est plus grave.

c) *L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[79] La société s'attend généralement à ce que les accusations criminelles soient jugées au fond. C'est pourquoi la troisième question à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) vise à déterminer si la fonction de recherche de la vérité que remplit le procès criminel est mieux servie par l'utilisation ou par l'exclusion d'éléments de preuve. Cet examen incorpore l'« intérêt [de la société] à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi » : *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, p. 1219. C'est ainsi que la Cour a indiqué, dans *Collins*, que le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) doit tenir compte non seulement des répercussions négatives qu'aurait l'utilisation des éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice, mais également de celles qu'aurait leur *exclusion*.

[80] La recherche de la vérité n'est pas le seul élément à considérer dans le cadre d'une demande fondée sur le par. 24(2). L'opinion voulant que des éléments de preuve fiables soient admissibles peu importe la façon dont ils ont été obtenus (voir *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272) est incompatible avec la déclaration de droits énoncée dans la *Charte* et, plus particulièrement, avec le libellé du par. 24(2) qui requiert un large examen de l'ensemble des circonstances, et non la seule appréciation de la fiabilité des éléments de preuve en cause.

[81] Cela étant dit, l'intérêt du public pour la recherche de la vérité demeure un élément pertinent de l'analyse requise par le par. 24(2), et la fiabilité des éléments de preuve est un facteur important à cet égard. Il pourra y avoir lieu d'exclure des éléments de preuve si une violation (par exemple,

this points in the direction of exclusion of the evidence. The admission of unreliable evidence serves neither the accused's interest in a fair trial nor the public interest in uncovering the truth. Conversely, exclusion of relevant and reliable evidence may undermine the truth-seeking function of the justice system and render the trial unfair from the public perspective, thus bringing the administration of justice into disrepute.

[82] The fact that the evidence obtained in breach of the *Charter* may facilitate the discovery of the truth and the adjudication of a case on its merits must therefore be weighed against factors pointing to exclusion, in order to "balance the interests of truth with the integrity of the justice system": *Mann*, at para. 57, *per* Iacobucci J. The court must ask "whether the vindication of the specific *Charter* violation through the exclusion of evidence exacts too great a toll on the truth-seeking goal of the criminal trial": *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), at para. 47, *per* Doherty J.A.

[83] The importance of the evidence to the prosecution's case is another factor that may be considered in this line of inquiry. Like Deschamps J., we view this factor as corollary to the inquiry into reliability, in the following limited sense. The admission of evidence of questionable reliability is more likely to bring the administration of justice into disrepute where it forms the entirety of the case against the accused. Conversely, the exclusion of highly reliable evidence may impact more negatively on the repute of the administration of justice where the remedy effectively guts the prosecution.

[84] It has been suggested that the judge should also, under this line of inquiry, consider the seriousness of the offence at issue. Indeed, Deschamps J. views this factor as very important, arguing that the more serious the offence, the greater society's interest in its prosecution (para. 226). In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut

contraindre un suspect à parler) en compromet la fiabilité. L'utilisation d'éléments de preuve non fiables ne sert en effet ni l'intérêt qu'a l'accusé à bénéficier d'un procès équitable ni l'intérêt qu'a le public à découvrir la vérité. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve pertinents et fiables risque de compromettre la fonction de recherche de la vérité du système de justice et de rendre le procès inéquitable aux yeux du public, ce qui déconsidérerait l'administration de la justice.

[82] Il faut donc soupeser l'utilité des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* pour faciliter la découverte de la vérité et amener une décision au fond par rapport aux facteurs tendant à leur exclusion afin de « mettre en balance l'intérêt de l'État à découvrir la vérité d'une part et l'intégrité du système judiciaire d'autre part » : *Mann*, par. 57, le juge Iacobucci. Le tribunal doit se demander [TRADUCTION] « si la sanction de l'atteinte à la *Charte* par l'exclusion de l'élément de preuve entrave trop sévèrement l'objectif du procès pénal qu'est la recherche de la vérité » : *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), par. 47, le juge Doherty.

[83] L'importance des éléments de preuve pour la poursuite est un autre facteur à prendre en considération. Comme la juge Deschamps, nous estimons qu'il s'agit là d'un corollaire à l'examen de la fiabilité, au sens restreint où l'utilisation d'un élément de preuve d'une fiabilité douteuse est davantage susceptible de déconsidérer l'administration de la justice lorsqu'il représente la totalité de la preuve de la poursuite. À l'inverse, l'exclusion d'éléments de preuve d'une grande fiabilité peut être plus dommageable pour la considération dont jouit l'administration de la justice si, en réalité, cette mesure est fatale pour la poursuite.

[84] D'aucuns font valoir que la gravité de l'infraction reprochée doit également être prise en considération. La juge Deschamps estime d'ailleurs qu'il s'agit d'un élément important de l'analyse et que plus l'infraction est grave plus la société a intérêt à ce qu'il y ait un procès (par. 226). Nous estimons pour notre part que s'il peut effectivement s'agir d'un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans

both ways. Failure to effectively prosecute a serious charge due to excluded evidence may have an immediate impact on how people view the justice system. Yet, as discussed, it is the long-term repute of the justice system that is s. 24(2)'s focus. As pointed out in *Burlingham*, the goals furthered by s. 24(2) "operate independently of the type of crime for which the individual stands accused" (para. 51). And as Lamer J. observed in *Collins*, "[t]he *Charter* is designed to protect the accused from the majority, so the enforcement of the *Charter* must not be left to that majority" (p. 282). The short-term public clamour for a conviction in a particular case must not deafen the s. 24(2) judge to the longer-term repute of the administration of justice. Moreover, while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high.

[85] To review, the three lines of inquiry identified above — the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, and the societal interest in an adjudication on the merits — reflect what the s. 24(2) judge must consider in assessing the effect of admission of the evidence on the repute of the administration of justice. Having made these inquiries, which encapsulate consideration of "all the circumstances" of the case, the judge must then determine whether, on balance, the admission of the evidence obtained by *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[86] In all cases, it is the task of the trial judge to weigh the various indications. No overarching rule governs how the balance is to be struck. Mathematical precision is obviously not possible. However, the preceding analysis creates a decision tree, albeit more flexible than the *Stillman* self-incrimination test. We believe this to be required by the words of s. 24(2). We also take comfort in the fact that patterns emerge with respect to

les deux sens. L'exclusion d'éléments de preuve qui empêche l'examen judiciaire d'une infraction grave peut avoir un effet immédiat sur la perception publique du système de justice, mais nous le répétons, c'est la considération dont il jouit à long terme qui importe pour l'application du par. 24(2). Comme la Cour l'a indiqué dans *Burlingham*, les objectifs visés par le par. 24(2) « s'appliquent indépendamment du genre de crime reproché à l'accusé » (par. 51). Le juge Lamer a également fait remarquer, dans *Collins*, que « [l]a *Charte* vise à protéger l'accusé contre la majorité, donc la mise en application de la *Charte* ne doit pas être laissée à cette majorité » (p. 282). La clameur publique immédiate exigeant une condamnation ne doit pas faire perdre de vue au juge appelé à appliquer le par. 24(2) la réputation à plus long terme du système de justice. En outre, si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales.

[85] En résumé, les trois questions à examiner énumérées plus haut — la gravité de la conduite attentatoire de l'État, l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* et l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — rendent compte de ce que doit examiner le juge saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) pour juger de l'effet de l'utilisation d'éléments de preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Après avoir examiné ces questions, qui englobent « toutes les circonstances » de l'affaire, le juge doit déterminer si, tout compte fait, l'utilisation des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice.

[86] C'est toujours au juge du procès qu'il revient de mettre en balance les différents facteurs. Aucune règle prépondérante ne régit cet exercice, qui ne peut manifestement pas être effectué avec une précision mathématique. La grille d'analyse décrite précédemment fournit cependant un arbre décisionnel, quoique plus souple que le critère établi par *Stillman* fondé sur l'auto-incrimination. Nous sommes d'avis que c'est ce que requiert le libellé

particular types of evidence. These patterns serve as guides to judges faced with s. 24(2) applications in future cases. In this way, a measure of certainty is achieved. Where the trial judge has considered the proper factors, appellate courts should accord considerable deference to his or her ultimate determination.

3. Application to Different Kinds of Evidence

[87] We have seen that a trial judge on a s. 24(2) application for exclusion of evidence obtained in breach of the *Charter* must consider whether admission would bring the administration of justice into disrepute, having regard to the results of the three lines of inquiry identified above.

[88] We now turn to some of the types of evidence the cases have considered.

(a) *Statements by the Accused*

[89] Statements by the accused engage the principle against self-incrimination, "one of the cornerstones of our criminal law": *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 2. This Court in *White*, at para. 44, *per* Iacobucci J., described the principle against self-incrimination as "an overarching principle within our criminal justice system, from which a number of specific common law and *Charter* rules emanate, such as the confessions rule, and the right to silence". The principle also informs "more specific procedural protections such as, for example, the right to counsel in s. 10(*b*), the right to non-compellability in s. 11(*c*), and the right to use immunity set out in s. 13". Residual protection for the principle against self-incrimination is derived from s. 7.

[90] This case concerns s. 24(2). However, it is important to note at the outset that the common law

du par. 24(2). Nous sommes également rassurées par le fait que des tendances se dessinent quant à des types de preuve particuliers. Elles pourront servir de guides pour les juges appelés à trancher des demandes fondées sur le par. 24(2). Ainsi, on atteint une certitude relative. Lorsque le juge a examiné les bons facteurs, les cours d'appel devraient faire preuve d'une retenue considérable à l'égard de la décision rendue.

3. Application aux différents types de preuve

[87] Nous avons vu que le juge de première instance saisi d'une demande fondée sur le par. 24(2) visant l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* doit déterminer si l'utilisation de ces éléments déconsidérerait l'administration de la justice, en fonction des conclusions qu'il tire de l'examen des trois questions décrites précédemment.

[88] Voyons maintenant certains types d'éléments de preuve qui ont été examinés par les tribunaux.

a) *Les déclarations faites par l'accusé*

[89] Les déclarations d'un accusé mettent en jeu le principe interdisant l'auto-incrimination, « l'une des pierres angulaires de notre droit criminel » : *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 2, que notre Cour, sous la plume du juge Iacobucci, a décrit comme suit dans *White* : « . . . un principe prépondérant dans notre système de justice criminelle, duquel émanent un certain nombre de règles issues de la common law et de la *Charte*, comme la règle des confessions et le droit de garder le silence . . . » (par. 44). Ce principe est également à la base de « plusieurs protections procédurales plus précises, comme, par exemple, le droit à l'avocat selon l'al. 10*b*), le droit à la non-contraignabilité selon l'al. 11*c*) et le droit à l'immunité contre l'utilisation de la preuve selon l'art. 13 ». L'article 7 lui confère en outre une protection résiduelle contre l'auto-incrimination.

[90] Le présent pourvoi porte sur le par. 24(2). Il importe toutefois de signaler d'entrée de jeu que

confessions rule, quite apart from s. 24(2), provides a significant safeguard against the improper use of a statement against its maker. Where a statement is made to a recognized person in authority, regardless of whether its maker is detained at the time, it is inadmissible unless the Crown can establish beyond a reasonable doubt that it was made voluntarily. Only if such a statement survives scrutiny under the confessions rule and is found to be voluntary, does the s. 24(2) remedy of exclusion arise. Most commonly, this will occur because of added protections under s. 10(*b*) of the *Charter.*

[91] There is no absolute rule of exclusion of *Charter*-infringing statements under s. 24(2), as there is for involuntary confessions at common law. However, as a matter of practice, courts have tended to exclude statements obtained in breach of the *Charter,* on the ground that admission on balance would bring the administration of justice into disrepute.

[92] The three lines of inquiry described above support the presumptive general, although not automatic, exclusion of statements obtained in breach of the *Charter.*

[93] The first inquiry focusses on whether admission of the evidence would harm the repute of justice by associating the courts with illegal police conduct. Police conduct in obtaining statements has long been strongly constrained. The preservation of public confidence in the justice system requires that the police adhere to the *Charter* in obtaining statements from a detained accused.

[94] The negative impact on the justice system of admitting evidence obtained through police misconduct varies with the seriousness of the violation. The impression that courts condone serious police misconduct is more harmful to the repute of the justice system than the acceptance of minor or inadvertent slips.

[95] The second inquiry considers the extent to which the breach actually undermined the interests

la règle de common law relative aux confessions assure elle-même, indépendamment du par. 24(2), une importante protection contre l'utilisation irrégulière de déclarations contre leur auteur. Les déclarations faites à une personne reconnue comme personne en autorité, que leur auteur ait été ou non en détention, ne sont admissibles que si le ministère public peut établir hors de tout doute raisonnable leur caractère volontaire. La réparation par l'exclusion prévue au par. 24(2) n'intervient que si une déclaration a passé le test de la règle des confessions et a été jugée volontaire. Le plus souvent, le recours au par. 24(2) entre en jeu vu les protections supplémentaires prévues à l'al. 10*b*) de la *Charte.*

[91] Contrairement à la common law à l'égard des confessions involontaires, le par. 24(2) n'énonce pas une règle absolue prescrivant l'exclusion des déclarations obtenues en violation de la *Charte.* En pratique toutefois, les tribunaux ont eu tendance à exclure de telles déclarations puisque, tout bien considéré, ils ont jugé que leur utilisation risquait de déconsidérer l'administration de la justice.

[92] Les trois questions décrites précédemment appuient le principe de l'exclusion générale présomptive, mais non automatique, de déclarations obtenues en violation de la *Charte.*

[93] La première question porte principalement sur le fait de savoir si l'utilisation d'éléments de preuve discréditerait la justice en associant les tribunaux à une conduite policière illégale. L'obtention de déclarations par la police est étroitement encadrée depuis longtemps. Le maintien de la confiance du public envers le système de justice suppose que la police respecte la *Charte* lorsqu'elle recueille des déclarations faites par des accusés en détention.

[94] L'effet néfaste sur le système de justice de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus par suite d'une inconduite policière varie selon la gravité de la violation. L'impression que les tribunaux tolèrent de graves écarts de la part de la police ternit davantage la réputation du système de justice que l'acceptation d'irrégularités mineures ou involontaires.

[95] La deuxième question examine dans quelle mesure la violation du droit en cause a effectivement

protected by the right infringed. Again, the potential to harm the repute of the justice system varies with the seriousness of the impingement on the individual's protected interests. As noted, the right violated by unlawfully obtained statements is often the right to counsel under s. 10(*b*). The failure to advise of the right to counsel undermines the detainee's right to make a meaningful and informed choice whether to speak, the related right to silence, and, most fundamentally, the protection against testimonial self-incrimination. These rights protect the individual's interest in liberty and autonomy. Violation of these fundamental rights tends to militate in favour of excluding the statement.

[96] This said, particular circumstances may attenuate the impact of a *Charter* breach on the protected interests of the accused from whom a statement is obtained in breach of the *Charter*. For instance, if an individual is clearly informed of his or her choice to speak to the police, but compliance with s. 10(*b*) was technically defective at either the informational or implementational stage, the impact on the liberty and autonomy interests of the accused in making an informed choice may be reduced. Likewise, when a statement is made spontaneously following a *Charter* breach, or in the exceptional circumstances where it can confidently be said that the statement in question would have been made notwithstanding the *Charter* breach (see *R. v. Harper*, [1994] 3 S.C.R. 343), the impact of the breach on the accused's protected interest in informed choice may be less. Absent such circumstances, the analysis under this line of inquiry supports the general exclusion of statements taken in breach of the *Charter*.

[97] The third inquiry focusses on the public interest in having the case tried fairly on its merits. This may lead to consideration of the reliability of the evidence. Just as involuntary confessions are suspect on grounds of reliability, so may, on occasion, be statements taken in contravention of the *Charter*. Detained by the police and without a lawyer, a suspect may make statements that are

porté atteinte aux intérêts qu'il protège. Dans ce cas aussi, le dommage susceptible d'être causé à la réputation du système de justice varie suivant la gravité de l'atteinte aux intérêts individuels protégés. Comme nous l'avons mentionné, c'est souvent le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*) qui est transgressé lors de l'obtention illégale de déclarations. L'omission d'informer le détenu de son droit de consulter un avocat porte atteinte à son droit de décider utilement et de façon éclairée s'il parlera aux policiers, à son droit connexe de garder le silence et, plus fondamentalement, à la protection contre l'auto-incrimination testimoniale dont il jouit. Ces droits protègent l'intérêt qu'ont les individus d'être libres et autonomes; leur violation tend à militer en faveur de l'exclusion des déclarations.

[96] Cela étant dit, il est possible que des circonstances particulières tempèrent l'incidence de l'obtention d'une déclaration en violation de la *Charte* sur les intérêts protégés d'un accusé. Par exemple, si une personne est clairement informée qu'elle est libre de parler ou non à la police, mais qu'un vice de forme survient soit au stade de l'information soit à celui de la mise en application du droit garanti par l'al. 10*b*), l'atteinte à la liberté et à l'autonomie de l'accusé en matière de choix éclairé peut être moindre. De même, lorsqu'une déclaration est faite spontanément à la suite d'une violation de la *Charte* ou dans des circonstances exceptionnelles permettant de conclure avec assurance que cette déclaration aurait été faite même s'il n'y avait pas eu de violation (voir *R. c. Harper*, [1994] 3 R.C.S. 343), l'incidence de la violation sur l'intérêt protégé de l'accusé à exercer un choix éclairé peut être atténué. En l'absence de telles circonstances, l'examen de cette question favorise l'exclusion générale des déclarations obtenues en violation de la *Charte*.

[97] La troisième question se rapporte à l'intérêt du public à ce que soit tenu un procès équitable au fond et peut donner lieu à un examen de la fiabilité des éléments de preuve. À l'occasion, on peut mettre en doute la fiabilité des déclarations obtenues en violation de la *Charte*, tout comme on peut le faire pour celle des confessions involontaires. Un suspect détenu par la police et non assisté

based more on a misconceived idea of how to get out of his or her predicament than on the truth. This danger, where present, undercuts the argument that the illegally obtained statement is necessary for a trial of the merits.

[98] In summary, the heightened concern with proper police conduct in obtaining statements from suspects and the centrality of the protected interests affected will in most cases favour exclusion of statements taken in breach of the *Charter*, while the third factor, obtaining a decision on the merits, may be attenuated by lack of reliability. This, together with the common law's historic tendency to treat statements of the accused differently from other evidence, explains why such statements tend to be excluded under s. 24(2).

(b) *Bodily Evidence*

[99] Bodily evidence is evidence taken from the body of the accused, such as DNA evidence and breath samples. Section 8 of the *Charter* protects against unreasonable search and seizure, and hence precludes the state from obtaining such evidence in a manner that is unreasonable.

[100] The majority in *Stillman*, applying a capacious definition of conscription, held that bodily evidence is "conscriptive" and that its admission would affect trial fairness. This resulted in a near-automatic exclusionary rule for bodily evidence obtained contrary to the *Charter*.

[101] *Stillman* has been criticized for casting the flexible in "all the circumstances" test prescribed by s. 24(2) into a straitjacket that determines admissibility solely on the basis of the evidence's conscriptive character rather than all the circumstances; for inappropriately erasing distinctions between testimonial and real evidence; and for producing

d'un avocat peut faire des déclarations qui ont plus à voir avec la tentative de s'extirper de cette situation qu'avec la vérité. L'argument que la déclaration obtenue illégalement est nécessaire à une instruction au fond ne tient pas lorsque ce danger est présent.

[98] Bref, l'importance accrue attachée à une conduite policière adéquate en matière d'obtention de déclarations de suspects et le caractère fondamental des intérêts protégés en jeu favoriseront le plus souvent l'exclusion des déclarations prises en violation de la *Charte*, tandis que l'absence de fiabilité pourra réduire la portée du troisième facteur — l'obtention d'une décision au fond. Cela, jumelé à la tendance historique de la common law à traiter les déclarations des accusés différemment des autres éléments de preuve, explique pourquoi l'application du par. 24(2) aboutit généralement à l'exclusion de telles déclarations.

b) *La preuve corporelle*

[99] La preuve corporelle est constituée d'éléments provenant du corps de l'accusé; il peut s'agir, par exemple, d'une preuve génétique ou d'échantillons d'haleine. L'article 8 de la *Charte* protège contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et, de ce fait, empêche l'État de recueillir de tels éléments de preuve d'une façon abusive.

[100] Dans l'arrêt *Stillman*, les juges majoritaires ont conclu, sur le fondement d'une définition large de la mobilisation d'un accusé contre lui-même, que la preuve corporelle avait été obtenue « en mobilisant l'accusé contre lui-même » et que son utilisation compromettrait l'équité du procès. Il en a résulté une règle d'exclusion quasi automatique des éléments de preuve corporelle obtenus en contravention de la *Charte*.

[101] On a reproché à l'arrêt *Stillman* d'avoir enfermé le critère d'examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) dans un carcan selon lequel l'admissibilité est déterminée uniquement en fonction de la nature auto-incriminante des éléments de preuve et non en fonction de l'ensemble des circonstances, d'avoir indûment fait

anomalous results in some situations: see, e.g., *Burlingham*, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.), at paras. 67-72, *per* Esson J.A.; D. M. Paciocco, "*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)" (1997), 2 *Can. Crim. L.R.* 163; R. Mahoney, "Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*" (2004), 49 *McGill L.J.* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 581. We will briefly review each of these criticisms.

[102] The first criticism is that the *Stillman* approach transforms the flexible "all the circumstances" test mandated by s. 24(2) into a categorical conscriptive evidence test. Section 24(2) mandates a broad contextual approach rather than an automatic exclusionary rule: D. M. Paciocco, "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan and B. P. Elman, "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, at pp. 205-8; *Orbanski*, at para. 93. As stated in *Orbanski*, *per* LeBel J., the inquiry under s. 24(2) "amounts to finding a proper balance between competing interests and values at stake in the criminal trial, between the search for truth and the integrity of the trial . . . . All the *Collins* factors remain relevant throughout this delicate and nuanced inquiry" (para. 94).

[103] A flexible, multi-factored approach to the admissibility of the evidence is required, not only by the wording of s. 24(2) but by the wide variation between different kinds of bodily evidence. The seriousness of the police conduct and the impact on the accused's rights of taking the bodily evidence,

disparaître des distinctions existant entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle et d'avoir produit des résultats aberrants dans certains cas : voir, p. ex., *Burlingham*, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Schedel* (2003), 175 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), par. 67-72, le juge Esson; D. M. Paciocco, « *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) » (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 163; R. Mahoney, « Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter : An Inevitable Discovery » (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443; S. Penney, « Taking Deterrence Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105; D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4e éd. 2005), p. 581. Nous allons nous arrêter brièvement sur chacune de ces critiques.

[102] La première fait grief à la méthode employée dans *Stillman* d'avoir transformé le critère d'examen souple « eu égard aux circonstances » établi au par. 24(2) en un critère visant strictement à déterminer si les éléments de preuve ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Le paragraphe 24(2) prescrit de procéder à un examen contextuel plutôt que d'appliquer une règle d'exclusion automatique : D. M. Paciocco, « The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326; A. A. McLellan et B. P. Elman, « The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms : An Analysis of Section 24 » (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205, p. 205-208; *Orbanski*, par. 93. Comme le juge LeBel l'a indiqué dans *Orbanski*, l'analyse requise par le par. 24(2) « revient à trouver le juste équilibre entre les intérêts opposés et les valeurs en jeu dans le procès pénal, entre la recherche de la vérité et l'intégrité du procès [. . .] Tous les facteurs de l'arrêt *Collins* demeurent pertinents tout au long de cet examen délicat et nuancé » (par. 94).

[103] L'admissibilité des éléments de preuve doit se déterminer suivant une méthode souple et multifactorielle, en raison non seulement du libellé du par. 24(2), mais aussi des importantes différences existant entre les différents types de preuve corporelle. La gravité de la conduite policière et

may vary greatly. Plucking a hair from the suspect's head may not be intrusive, and the accused's privacy interest in the evidence may be relatively slight. On the other hand, a body cavity or strip search may be intrusive, demeaning and objectionable. A one-size-fits-all conscription test is incapable of dealing with such differences in a way that addresses the point of the s. 24(2) inquiry — to determine if the admission of the evidence will bring the administration of justice into disrepute.

l'incidence de l'obtention de la preuve corporelle sur les droits de l'accusé peuvent varier considérablement. Il se peut que le prélèvement d'un cheveu ne soit pas intrusif et que l'intérêt de l'accusé en matière de vie privée quant à cet élément de preuve puisse être relativement ténu. À l'inverse, l'examen de cavités corporelles ou la fouille à nu peuvent être intrusifs, avilissants et répréhensibles. Un critère universel fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même ne permet pas de tenir compte de telles différences d'une manière qui correspond à l'objet de l'examen requis par le par. 24(2), soit d'établir si l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[104] Recent decisions suggest a growing consensus that the admissibility of bodily samples should not depend solely on whether the evidence is conscriptive: *R. v. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), *per* Weiler J.A.; *R. v. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (Man. C.A.), *per* Steel J.A.; *R. v. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, *per* MacInnes J.A. This Court in *R. v. S.A.B.*, 2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678, dealing with the constitutionality of DNA warrant provisions in the *Criminal Code*, acknowledged that the *Charter* concerns raised by the gathering of non-testimonial evidence are better addressed by reference to the interests of privacy, bodily integrity and human dignity, than by a blanket rule that by analogy to compelled statements, such evidence is always inadmissible. See also: L. Stuesser, "*R. v. S.A.B.*: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[104] Il appert de décisions récentes que l'opinion selon laquelle l'admissibilité d'échantillons corporels ne doive pas dépendre uniquement de la question de savoir s'ils ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même fait de plus en plus consensus : *R. c. Richfield* (2003), 178 C.C.C. (3d) 23 (C.A. Ont.), la juge Weiler; *R. c. Dolynchuk* (2004), 184 C.C.C. (3d) 214 (C.A. Man.), la juge Steel; *R. c. Banman*, 2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547, le juge MacInnes. Dans l'arrêt *R. c. S.A.B.*, 2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678, portant sur la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* relatives aux mandats ADN, notre Cour a reconnu qu'il vaut mieux trancher les préoccupations relatives à la *Charte* soulevées par l'obtention d'éléments de preuve non testimoniale en se fondant sur les droits en matière de vie privée, d'intégrité corporelle et de dignité humaine plutôt que sur une règle générale décrétant que, par analogie aux déclarations forcées, une telle preuve est toujours inadmissible. Voir aussi : L. Stuesser, « *R. v. S.A.B.* : Putting "Self-Incrimination" in Context » (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543.

[105] The second and related objection to a simple conscription test for the admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that it wrongly equates bodily evidence with statements taken from the accused. In most situations, statements and bodily samples raise very different considerations from the point of view of the administration of justice. Equating them under the umbrella of conscription

[105] La deuxième critique, connexe à la première, élevée contre le recours à un critère d'admissibilité de la preuve corporelle uniquement fondé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même, pour l'application du par. 24(2), lui fait grief d'assimiler à tort la preuve corporelle aux déclarations obtenues d'un accusé. Dans la plupart des cas, les questions relatives à l'administration de la

risks erasing relevant distinctions and compromising the ultimate analysis of systemic disrepute. As Professor Paciocco has observed, "in equating intimate bodily substances with testimony we are not so much reacting to the compelled participation of the accused as we are to the violation of the privacy and dignity of the person that obtaining such evidence involves" ("*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)", at p. 170). Nor does the taking of a bodily sample trench on the accused's autonomy in the same way as may the unlawful taking of a statement. The pre-trial right to silence under s. 7, the right against testimonial self-incrimination in s. 11(*c*), and the right against subsequent use of self-incriminating evidence in s. 13 have informed the treatment of statements under s. 24(2). These concepts do not apply coherently to bodily samples, which are not communicative in nature, weakening self-incrimination as the sole criterion for determining their admissibility.

[106] A third criticism of the conscription test for admissibility of bodily evidence under s. 24(2) is that from a practical perspective, the conscriptive test has sometimes produced anomalous results, leading to exclusion of evidence that should, in principle and policy, be admitted: see *Dolynchuk*; *R. v. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (*per* Smith J.A. dissenting), aff'd 2009 SCC 35, [2009] 2 S.C.R. 527 (released concurrently); and *R. v. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (Ont. S.C.J.), *per* Ducharme J. Notably, breath sample evidence tendered on impaired driving charges has often suffered the fate of automatic exclusion even where the breach in question was minor and would not realistically bring the administration of justice into disrepute. More serious breaches in other kinds of cases — for instance, those involving seizures of

justice soulevées par ces deux types de preuve diffèrent profondément. En les considérant de façon identique sous l'angle de la mobilisation de l'accusé contre lui-même, on risque d'occulter ces distinctions pertinentes et de compromettre l'analyse ultérieure relative à la déconsidération systémique. Comme l'a fait remarquer le professeur Paciocco, [TRADUCTION] « en assimilant les substances corporelles intimes aux témoignages, nous ne réagissons pas tant à la participation forcée de l'accusé qu'à la violation du droit à la vie privée et à la dignité que suppose l'obtention de cette preuve » (« *Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2) », p. 170). De même, le prélèvement de substances corporelles ne porte pas atteinte à l'autonomie de l'accusé de la même façon que l'obtention illégale d'une déclaration. Le droit de garder le silence avant le procès garanti par l'art. 7, le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même garanti par l'al. 11*c*) et le droit à ce qu'aucun témoignage incriminant ne soit utilisé subséquemment garanti par l'art. 13 ont servi de base au traitement des déclarations pour l'application du par. 24(2). Or, ces concepts ne s'appliquent pas de façon cohérente aux échantillons de substances corporelles, qui ne participent pas de la nature d'une communication. L'auto-incrimination comme seul facteur permettant de statuer sur l'admissibilité de ces éléments de preuve s'en trouve affaiblie.

[106] En troisième lieu, on a reproché au critère d'admissibilité de la preuve corporelle axé sur la mobilisation de l'accusé contre lui-même de produire parfois des résultats aberrants en pratique, entraînant l'exclusion en application du par. 24(2) d'éléments de preuve qui, en principe, devraient être utilisés : voir *Dolynchuk*; *R. c. Shepherd*, 2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113 (la juge Smith, dissidente), conf. par 2009 CSC 35, [2009] 2 R.C.S. 527 (rendu simultanément au présent arrêt); et *R. c. Padavattan* (2007), 223 C.C.C. (3d) 221 (C.S.J. Ont.), le juge Ducharme. Par exemple, des échantillons d'haleine produits en preuve dans des affaires de conduite avec facultés affaiblies ont souvent été écartés automatiquement alors que la violation était mineure et qu'elle n'était pas réellement susceptible de déconsidérer l'administration de la

illegal drugs in breach of s. 8 — have resulted in admission on the grounds that the evidence in question was non-conscriptive. This apparent incongruity has justifiably raised concern.

[107] We conclude that the approach to admissibility of bodily evidence under s. 24(2) that asks simply whether the evidence was conscripted should be replaced by a flexible test based on all the circumstances, as the wording of s. 24(2) requires. As for other types of evidence, admissibility should be determined by inquiring into the effect admission may have on the repute of the justice system, having regard to the seriousness of the police conduct, the impact of the *Charter* breach on the protected interests of the accused, and the value of a trial on the merits.

[108] The first inquiry informing the s. 24(2) analysis — the seriousness of the *Charter*-infringing conduct — is fact-specific. Admission of evidence obtained by deliberate and egregious police conduct that disregards the rights of the accused may lead the public to conclude that the court implicitly condones such conduct, undermining respect for the administration of justice. On the other hand, where the breach was committed in good faith, admission of the evidence may have little adverse effect on the repute of the court process.

[109] The second inquiry assesses the danger that admitting the evidence may suggest that *Charter* rights do not count, thereby negatively impacting on the repute of the system of justice. This requires the judge to look at the seriousness of the breach on the accused's protected interests. In the context of bodily evidence obtained in violation of s. 8, this inquiry requires the court to examine the degree to which the search and seizure intruded upon the

justice, tandis que, dans d'autres types d'affaires — comportant notamment la saisie de drogues illégales en violation de l'art. 8 — les éléments de preuve ont été utilisés malgré des violations plus graves, parce qu'ils n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. On peut estimer avec raison que cette incongruité manifeste est préoccupante.

[107] Ainsi, pour l'application du par. 24(2), nous estimons qu'il convient de remplacer l'examen de l'admissibilité des éléments de preuve corporelle s'attachant uniquement à déterminer s'ils ont été obtenus par mobilisation de l'accusé contre lui-même par un critère souple tenant compte de l'ensemble des circonstances, comme l'exige le libellé du par. 24(2). Comme pour les autres types d'éléments de preuve, leur admissibilité devrait s'apprécier en examinant l'effet qu'aurait leur utilisation sur la considération dont jouit le système de justice, compte tenu de la gravité de la conduite policière, des incidences de la violation de la *Charte* sur les intérêts protégés de l'accusé et de la valeur de l'instruction au fond de l'affaire.

[108] Le premier point à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) — la gravité de la conduite attentatoire — est d'ordre factuel. L'utilisation d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une conduite policière délibérée, inacceptable et faisant fi des droits de l'accusé peut amener à penser que les tribunaux tolèrent implicitement ce genre de conduite et ébranler le respect dont jouit l'administration de la justice. Par contre, lorsque les policiers ont agi de bonne foi, il se peut que l'utilisation des éléments preuve en dépit de la violation ait peu d'effet préjudiciable sur la considération dont jouit le processus judiciaire.

[109] Le deuxième point à examiner concerne la possibilité que l'utilisation des éléments de preuve laisse supposer que les droits garantis par la *Charte* ne sont pas très importants, ce qui risque de compromettre la considération attachée au système de justice. Le juge doit donc examiner la gravité de la violation des intérêts protégés de l'accusé et, à l'égard d'éléments de preuve corporelle obtenus en violation de l'art. 8, évaluer dans quelle mesure la

privacy, bodily integrity and human dignity of the accused. The seriousness of the intrusion on the accused may vary greatly. At one end of the spectrum, one finds the forcible taking of blood samples or dental impressions (as in *Stillman*). At the other end of the spectrum lie relatively innocuous procedures such as fingerprinting or iris-recognition technology. The greater the intrusion on these interests, the more important it is that a court exclude the evidence in order to substantiate the *Charter* rights of the accused.

[110] The third line of inquiry — the effect of admitting the evidence on the public interest in having a case adjudicated on its merits — will usually favour admission in cases involving bodily samples. Unlike compelled statements, evidence obtained from the accused's body is generally reliable, and the risk of error inherent in depriving the trier of fact of the evidence may well tip the balance in favour of admission.

[111] While each case must be considered on its own facts, it may be ventured in general that where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's privacy, bodily integrity and dignity is high, bodily evidence will be excluded, notwithstanding its relevance and reliability. On the other hand, where the violation is less egregious and the intrusion is less severe in terms of privacy, bodily integrity and dignity, reliable evidence obtained from the accused's body may be admitted. For example, this will often be the case with breath sample evidence, whose method of collection is relatively non-intrusive.

(c) *Non-Bodily Physical Evidence*

[112] The three inquiries under s. 24(2) will proceed largely as explained above. Again, under the first inquiry, the seriousness of the *Charter*-infringing conduct will be a fact-specific determination. The degree to which this inquiry militates in favour of excluding the bodily evidence will

fouille, la perquisition ou la saisie a porté atteinte à la vie privée, à l'intégrité corporelle et à la dignité humaine de l'accusé. Les procédés intrusifs peuvent varier beaucoup en gravité, allant de gestes plutôt bénins comme la prise d'empreintes digitales ou l'emploi de techniques de reconnaissance de l'iris à la prise d'échantillons de sang ou d'empreintes dentaires par la force (comme dans *Stillman*). Plus l'atteinte est grande, plus il importe que le tribunal écarte les éléments de preuve afin de donner corps aux droits garantis par la *Charte* aux accusés.

[110] Le troisième point — l'incidence de l'utilisation des éléments de preuve sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond — favorisera généralement l'utilisation des éléments de preuve lorsqu'il s'agit d'échantillons de substances corporelles. En effet, contrairement aux déclarations forcées, les éléments de preuve corporelle sont généralement fiables, et le risque d'erreur qui surgit nécessairement lorsque le juge des faits est privé d'éléments de preuve peut faire pencher la balance du côté de l'utilisation.

[111] Bien qu'il faille toujours tenir compte des faits particuliers de chaque cause, on peut dire que, en règle générale, les éléments de preuve seront écartés en dépit de leur pertinence et de leur fiabilité lorsque l'atteinte à l'intégrité corporelle est délibérée et a des effets importants sur la vie privée, l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé. À l'inverse, lorsque la violation est moins inacceptable et l'atteinte moins sévère, les éléments de preuve corporelle fiables pourront être admis. Ce sera souvent le cas, par exemple, des échantillons d'haleine, qui s'obtiennent par des procédés relativement non intrusifs.

c) *Les éléments de preuve matérielle non corporelle*

[112] L'examen en trois points qu'exige l'application du par. 24(2) se fera *grosso modo* de la façon décrite précédemment. L'examen du premier point, soit de la gravité de la conduite attentatoire, sera encore une fois d'ordre factuel, et il militera ou non en faveur de l'exclusion des éléments de preuve en

depend on the extent to which the conduct can be characterized as deliberate or egregious.

[113] With respect to the second inquiry, the *Charter* breach most often associated with non-bodily physical evidence is the s. 8 protection against unreasonable search and seizure: see, e.g., *Buhay*. Privacy is the principal interest involved in such cases. The jurisprudence offers guidance in evaluating the extent to which the accused's reasonable expectation of privacy was infringed. For example, a dwelling house attracts a higher expectation of privacy than a place of business or an automobile. An illegal search of a house will therefore be seen as more serious at this stage of the analysis.

[114] Other interests, such as human dignity, may also be affected by search and seizure of such evidence. The question is how seriously the *Charter* breach impacted on these interests. For instance, an unjustified strip search or body cavity search is demeaning to the suspect's human dignity and will be viewed as extremely serious on that account: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 516-17, *per* Dickson C.J.; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679. The fact that the evidence thereby obtained is not itself a bodily sample cannot be seen to diminish the seriousness of the intrusion.

[115] The third inquiry, whether the admission of the evidence would serve society's interest in having a case adjudicated on its merits, like the others, engages the facts of the particular case. Reliability issues with physical evidence will not generally be related to the *Charter* breach. Therefore, this consideration tends to weigh in favour of admission.

(d) *Derivative Evidence*

[116] The class of evidence that presents the greatest difficulty is evidence that combines aspects of both statements and physical evidence — physical evidence discovered as a result of an unlawfully

fonction du caractère délibéré ou inacceptable de la conduite.

[113] S'agissant du deuxième point, la violation de la *Charte* le plus souvent relevée en liaison avec la preuve matérielle non corporelle concerne la protection prévue à l'art. 8 contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives : voir, p. ex., *Buhay*. C'est principalement l'intérêt relatif à la vie privée qui est alors en cause. La jurisprudence peut nous éclairer pour déterminer dans quelle mesure il y a eu violation de l'attente raisonnable de l'accusé au respect de sa vie privée. Par exemple, l'attente est plus grande à l'égard d'un lieu d'habitation qu'à l'égard d'un établissement commercial ou d'une automobile. Une perquisition ou une fouille illégale dans un domicile sera donc considérée comme une violation plus grave à ce stade de l'analyse.

[114] Les fouilles, perquisitions ou saisies présidant à l'obtention de ce type d'éléments de preuve peuvent mettre en cause d'autres intérêts comme celui relatif à la dignité humaine. Il faut évaluer la gravité des incidences de la violation de la *Charte* sur ces intérêts. Par exemple, une fouille à nu ou l'examen de cavités corporelles non justifiés sont attentatoires à la dignité humaine du suspect et seront jugés très graves pour cette raison : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, p. 516-517, le juge en chef Dickson; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679. Le fait que l'élément de preuve obtenu de cette façon n'est pas une substance corporelle n'atténue pas la gravité de l'atteinte.

[115] Le troisième point à examiner — soit celui de savoir si l'utilisation des éléments de preuve servirait l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — dépend, comme les autres, des faits en cause. De façon générale, la fiabilité des éléments de preuve matérielle n'aura pas de lien avec la violation de la *Charte*, de sorte que cet examen tend à favoriser leur utilisation.

d) *La preuve dérivée*

[116] La catégorie d'éléments de preuve la plus problématique est celle qui combine certains aspects des déclarations et certains aspects de la preuve matérielle — soit, une preuve matérielle

obtained statement. The cases refer to this evidence as derivative evidence. This is the type of evidence at issue in this case.

[117] We earlier saw that at common law, involuntary confessions are inadmissible. The common law's automatic exclusion of involuntary statements is based on a sense that it is unfair to conscript a person against himself or herself and, most importantly, on a concern about the unreliability of compelled statements. However, the common law drew the line of automatic inadmissibility at the statements themselves and not the physical or "real" evidence found as a result of information garnered from such statements. Because reliability was traditionally the dominant focus of the confessions rule, the public interest in getting at the truth through reliable evidence was seen to outweigh concerns related to self-incrimination: *Wray* and *R. v. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Section 24(2) of the *Charter* implicitly overruled the common law practice of always admitting reliable derivative evidence. Instead, the judge is required to consider whether admission of derivative evidence obtained through a *Charter* breach would bring the administration of justice into disrepute.

[119] The s. 24(2) jurisprudence on derivative physical evidence has thus far been dominated by two related concepts — conscription and discoverability. Physical evidence that would not have been discovered but for an inadmissible statement has been considered conscriptive and hence is inadmissible: *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, and *Burlingham*. The doctrine of "discoverability" has been developed in order to distinguish those cases in which the accused's conscription was necessary to the collection of the evidence, from those cases where the evidence would have been obtained in any event. In the former cases, exclusion was the rule, while in the latter, admission was more likely.

découverte à la suite d'une déclaration obtenue illégalement. C'est ce que la jurisprudence appelle la preuve dérivée et c'est le type de preuve en cause en l'espèce.

[117] Nous avons vu précédemment que les confessions involontaires sont inadmissibles en common law. Cette exclusion automatique des déclarations involontaires procède de la perception qu'il est injuste de mobiliser une personne contre elle-même et, surtout, du doute au sujet de la fiabilité des déclarations forcées. Toutefois, la common law n'a pas étendu l'inadmissibilité automatique aux éléments de preuve matérielle découverts grâce aux renseignements tirés de ces déclarations. La règle des confessions s'étant articulé surtout autour de la notion de fiabilité, l'intérêt du public à ce que la vérité soit établie au moyen d'une preuve fiable a, en common law, primé sur les préoccupations relatives à l'auto-incrimination : *Wray* et *R. c. St. Lawrence*, [1949] O.R. 215 (H.C.J.).

[118] Le paragraphe 24(2) de la *Charte* a implicitement infirmé la pratique de common law consistant à toujours admettre les éléments de preuve dérivée fiables. Le juge doit désormais se demander si l'utilisation des éléments de preuve dérivée obtenus par suite d'une violation de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[119] La jurisprudence relative au par. 24(2) traitant d'éléments de preuve matérielle dérivée a donc été dominée, jusqu'à présent, par deux notions connexes — celle de la mobilisation de l'accusé contre lui-même et celle de la possibilité de découvrir. Les éléments de preuve matérielle qui n'auraient pas été découverts n'eût été de la déclaration inadmissible ont été considérés comme des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même et, par suite, jugés inadmissibles : *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, et *Burlingham*. La théorie de la « possibilité de découvrir » a été élaborée pour distinguer les cas où la mobilisation de l'accusé contre lui-même était nécessaire à l'obtention d'éléments de preuve de ceux où les éléments de preuve auraient été recueillis de toute manière. Dans le premier cas, il y avait exclusion, tandis que, dans le second, les chances qu'ils soient utilisés étaient supérieures.

[120] The conscription-discoverability doctrine has been justifiably criticized as overly speculative and capable of producing anomalous results: D. Stuart, "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, at section 41.8(d). In practice, it has proved difficult to apply because of its hypothetical nature and because of the fine-grained distinctions between the tests for determining whether evidence is "derivative" and whether it is "discoverable": see *Feeney*, at paras. 69-71.

[121] The existing rules on derivative evidence and discoverability were developed under the *Collins* trial fairness rationale. They gave effect to the insight that if evidence would have been discovered in any event, the accused's conscription did not truly *cause* the evidence to become available. The discoverability doctrine acquired even greater importance under *Stillman* where the category of conscriptive evidence was considerably enlarged. Since we have concluded that this underlying rationale should no longer hold and that "trial fairness" in the *Collins/Stillman* sense is no longer a determinative criterion for the s. 24(2) inquiry, discoverability should likewise not be determinative of admissibility.

[122] Discoverability retains a useful role, however, in assessing the actual impact of the breach on the protected interests of the accused. It allows the court to assess the strength of the causal connection between the *Charter*-infringing self-incrimination and the resultant evidence. The more likely it is that the evidence would have been obtained even without the statement, the lesser the impact of the breach on the accused's underlying interest against self-incrimination. The converse, of course, is also true. On the other hand, in cases where it cannot be determined with any confidence whether evidence would have been discovered in absence of

[120] On a critiqué ces deux notions à juste titre parce qu'elles laissaient trop place aux suppositions et qu'elles pouvaient donner des résultats aberrants : D. Stuart, « Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings » (1996), 48 C.R. (4th) 351; Hogg, section 41.8d). En pratique, elles se sont révélées difficiles à appliquer en raison de leur nature hypothétique et de la subtilité des distinctions entre les critères servant à déterminer si les éléments de preuve sont « dérivé[s] » et si ils « pouvai[en]t être découvert[s] » : voir *Feeney*, par. 69-71.

[121] Les règles existantes en matière de preuve dérivée et de possibilité de découvrir ont été élaborées sur le fondement de la notion d'équité du procès dégagée dans l'arrêt *Collins*, et elles donnaient effet à l'idée que, lorsque les éléments de preuve auraient été découverts de toute façon, la mobilisation de l'accusé contre lui-même n'est pas véritablement *la cause* de leur disponibilité. La théorie de la possibilité de découvrir a pris encore plus d'importance avec l'arrêt *Stillman*, qui a considérablement élargi la catégorie des éléments de preuve obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même. Comme nous avons conclu que ce fondement sous-jacent ne tenait plus et que l'équité du procès au sens des arrêts *Collins* et *Stillman* ne constitue plus un critère déterminant pour les besoins de l'analyse requise par le par. 24(2), la possibilité de découvrir ne devrait pas davantage être déterminante quant à l'opportunité d'utiliser des éléments de preuve dérivée.

[122] La possibilité de découvrir reste toutefois utile pour évaluer l'impact réel de la violation sur les intérêts protégés de l'accusé. En effet, ce critère permet au tribunal d'évaluer la force du lien de causalité entre l'auto-incrimination contraire à la *Charte* et les éléments de preuve qui en ont découlé. Plus il est probable que ces derniers auraient été obtenus même sans la déclaration, moins les incidences de la violation sur l'intérêt sous-jacent de l'accusé de ne pas s'incriminer ont d'importance. Bien entendu, l'inverse est également vrai. Par ailleurs, lorsqu'il est impossible d'établir avec certitude si les éléments de preuve auraient été découverts sans

the statement, discoverability will have no impact on the s. 24(2) inquiry.

[123] To determine whether the admission of derivative evidence would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2), courts must pursue the usual three lines of inquiry outlined in these reasons, taking into account the self-incriminatory origin of the evidence in an improperly obtained statement as well as its status as real evidence.

[124] The first inquiry concerns the police conduct in obtaining the statement that led to the real evidence. Once again, the extent to which this inquiry favours exclusion will depend on the factual circumstances of the breach: the more serious the state conduct, the more the admission of the evidence derived from it tends to undermine public confidence in the rule of law. Were the police deliberately and systematically flouting the accused's *Charter* rights? Or were the officers acting in good faith, pursuant to what they thought were legitimate policing policies?

[125] The second inquiry focusses on the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. Where a statement is unconstitutionally obtained, in many cases the *Charter* right breached is the s. 10(*b*) right to counsel, which protects the accused's interest in making an informed choice whether or not to speak to authorities. The relevant consideration at this stage will be the extent to which the *Charter* breach impinged upon that interest in a free and informed choice. Where that interest was significantly compromised by the breach, this factor will strongly favour exclusion. In determining the impact of the breach, the discoverability of the derivative evidence may also be important as a factor strengthening or attenuating the self-incriminatory character of the evidence. If the derivative evidence was independently discoverable, the impact of the breach on the accused is lessened and admission is more likely.

la déclaration, la possibilité de découvrir n'influera pas sur l'analyse requise par le par. 24(2).

[123] Afin de déterminer, pour l'application du par. 24(2), si l'utilisation d'une preuve dérivée est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, les tribunaux doivent examiner les trois questions usuelles que nous avons décrites dans les présents motifs, en tenant compte de l'origine auto-incriminante des éléments de preuve tirés d'une déclaration obtenue irrégulièrement ainsi que de son statut en tant que preuve matérielle.

[124] La première question porte sur la façon dont la police a obtenu la déclaration ayant permis de mettre la main sur la preuve matérielle. Encore une fois, les circonstances factuelles de la violation dicteront dans quelle mesure l'examen de cette question favorisera l'exclusion : plus la conduite de l'État est grave, plus l'utilisation des éléments de preuve qui en découlent tend à miner la confiance du public en la primauté du droit. Les policiers ont-ils délibérément et systématiquement bafoué les droits de l'accusé garantis par la *Charte*? Ou ont-ils plutôt agi de bonne foi, conformément à des politiques policières qu'ils croyaient légitimes?

[125] La deuxième question met l'accent sur les incidences de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*. Souvent, c'est le droit à l'avocat énoncé à l'al. 10*b*) — qui protège l'intérêt de l'accusé à décider de façon éclairée s'il parlera ou non aux autorités — qui est violé par l'obtention inconstitutionnelle d'une déclaration. À ce stade, l'examen pertinent consiste à déterminer dans quelle mesure la violation de la *Charte* a empiété sur cet intérêt à faire un choix libre et éclairé. Lorsque l'atteinte à cet intérêt est considérable, ce facteur militera fortement en faveur de l'exclusion. Pour évaluer l'incidence de la violation, la possibilité de découvrir les éléments de preuve dérivée peut revêtir elle aussi de l'importance en tant que facteur qui accroît ou qui atténue le caractère auto-incriminant des éléments de preuve. Si les éléments de preuve dérivée pouvaient être découverts de façon indépendante, l'incidence de la violation pour l'accusé est atténuée et l'utilisation des éléments de preuve est plus probable.

[126] The third inquiry in determining whether admission of the derivative evidence would bring the administration into disrepute relates to society's interest in having the case adjudicated on its merits. Since evidence in this category is real or physical, there is usually less concern as to the reliability of the evidence. Thus, the public interest in having a trial adjudicated on its merits will usually favour admission of the derivative evidence.

[127] The weighing process and balancing of these concerns is one for the trial judge in each case. Provided the judge has considered the correct factors, considerable deference should be accorded to his or her decision. As a general rule, however, it can be ventured that where reliable evidence is discovered as a result of a good faith infringement that did not greatly undermine the accused's protected interests, the trial judge may conclude that it should be admitted under s. 24(2). On the other hand, deliberate and egregious police conduct that severely impacted the accused's protected interests may result in exclusion, notwithstanding that the evidence may be reliable.

[128] The s. 24(2) judge must remain sensitive to the concern that a more flexible rule may encourage police to improperly obtain statements that they know will be inadmissible, in order to find derivative evidence which they believe may be admissible. The judge should refuse to admit evidence where there is reason to believe the police deliberately abused their power to obtain a statement which might lead them to such evidence. Where derivative evidence is obtained by way of a deliberate or flagrant *Charter* breach, its admission would bring the administration of justice into further disrepute and the evidence should be excluded.

4. Application to This Case

[129] The issue is whether the gun produced by Mr. Grant after Toronto police stopped and questioned him should be excluded from the evidence at his trial. The trial judge held that had a

[126] La troisième question à examiner pour établir si l'utilisation des éléments de preuve dérivée serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice concerne l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Comme la preuve dérivée est de nature matérielle, sa fiabilité est généralement moins problématique, et l'intérêt du public à ce qu'un procès soit instruit sur le fond favorisera donc habituellement son utilisation.

[127] Il appartient chaque fois au juge du procès de soupeser et de mettre en balance ces questions. Dans la mesure où il tient compte des facteurs appropriés, il faut faire preuve d'une grande déférence à l'égard de sa décision. On peut toutefois avancer que, en règle générale, lorsque des éléments de preuve fiables sont recueillis à la suite d'une violation résultant de gestes accomplis de bonne foi sans porter gravement atteinte aux intérêts protégés de l'accusé, le juge du procès peut conclure à l'admissibilité de ces éléments pour l'application du par. 24(2). Par contre, une conduite policière délibérée et inacceptable portant substantiellement atteinte à ces intérêts pourra entraîner l'exclusion des éléments de preuve en dépit de leur fiabilité.

[128] Le juge appelé à appliquer le par. 24(2) ne doit pas perdre de vue qu'une règle plus souple peut encourager les policiers à obtenir des déclarations qu'ils savent inadmissibles dans le but de recueillir des éléments de preuve dérivée qui pourraient, à leurs yeux, être utilisés. Lorsqu'il a des raisons de croire que les policiers ont délibérément agi abusivement afin d'obtenir une déclaration pouvant les mener à de tels éléments, le juge devrait refuser de les recevoir en preuve. L'utilisation d'éléments de preuve dérivée recueillis par suite d'une violation flagrante et délibérée de la *Charte* serait susceptible de déconsidérer encore davantage l'administration de la justice, de sorte qu'il y a lieu d'écarter les éléments de preuve.

4. Application en l'espèce

[129] Il faut déterminer si le revolver produit par M. Grant après son interception et son interrogatoire par des policiers de Toronto doit être écarté. Le juge du procès a conclu que si une violation de

Charter breach been established, he would not have excluded the evidence. While the trial judge's s. 24(2) conclusion may not command deference where an appellate court reaches a different conclusion on the breach itself (see *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at pp. 256-57, *per* Sopinka J.; *R. v. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, at p. 212), the trial judge's underlying factual findings must be respected, absent palpable and overriding error.

[130] Here, the admissibility of Mr. Grant's incriminatory statements is not in issue, the statements having no independent evidentiary value. The only issue is the admission or exclusion of the gun. This falls to be determined in accordance with the inquiries described earlier.

[131] At the outset, it is necessary to consider whether the gun was "obtained in a manner" that violated Mr. Grant's *Charter* rights: see *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and *R. v. Goldhart*, [1996] 2 S.C.R. 463. As explained above, we have concluded that Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(*b*) of the *Charter* were breached. The discovery of the gun was both temporally and causally connected to these infringements. It follows that the gun was obtained as a result of a *Charter* breach.

[132] Because the gun was discovered as a result of statements taken in breach of the *Charter*, it is derivative evidence. The question, as always, is whether its admission would bring the administration of justice into disrepute. To answer this question, it is necessary to consider the concerns that underlie the s. 24(2) analysis, as discussed above, in "all the circumstances" of the case, including the arbitrary detention and the breach of the right to counsel.

[133] We consider first the seriousness of the improper police conduct that led to the discovery of the gun. The police conduct here, while not in conformity with the *Charter*, was not abusive. There

la *Charte* avait été démontrée, il n'aurait pas écarté cet élément de preuve. Bien que la conclusion du juge du procès relativement à l'application du par. 24(2) puisse ne pas commander la déférence lorsque le tribunal d'appel formule une conclusion différente sur la question de la violation elle-même (voir *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, p. 256-257, le juge Sopinka; *R. c. Harris*, 2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193, p. 212), il faut, en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, respecter les conclusions de fait sous-jacentes du juge du procès.

[130] L'admissibilité des déclarations incriminantes de M. Grant n'est pas en cause puisqu'elles n'ont pas de valeur probante indépendante. La seule question qui se pose est celle de l'admissibilité de l'arme, et elle doit être résolue au moyen de la grille d'analyse décrite précédemment.

[131] D'emblée, il faut se demander si le revolver a été obtenu « dans des conditions qui portent atteinte » aux droits de M. Grant garantis par la *Charte* : voir *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, et *R. c. Goldhart*, [1996] 2 R.C.S. 463. Nous avons conclu, pour les motifs exposés précédemment, qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 9 et par l'al. 10*b*) de la *Charte*. Or, il y a un lien temporel et un lien de cause à effet entre ces violations et la découverte de l'arme. Il s'ensuit que l'obtention du revolver résulte d'une violation de la *Charte*.

[132] L'arme ayant été découverte par suite de déclarations obtenues en violation de la *Charte*, il s'agit d'un élément de preuve dérivée. Il faut donc se demander, comme toujours, si son utilisation serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, ce qui nécessite l'examen des considérations inhérentes à l'analyse requise par le par. 24(2) dont il a été question précédemment, « eu égard aux circonstances » de l'affaire, y compris à la détention arbitraire et à la violation du droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat.

[133] Examinons d'abord la gravité de l'irrégularité policière ayant mené à la découverte du revolver. Bien que la police ne se soit pas conformée à la *Charte*, sa conduite n'était pas abusive. Rien

was no suggestion that Mr. Grant was the target of racial profiling or other discriminatory police practices. The officers went too far in detaining the accused and asking him questions. However, the point at which an encounter becomes a detention is not always clear, and is something with which courts have struggled. Though we have concluded that the police were in error in detaining the appellant when they did, the mistake is an understandable one. Having been under a mistaken view that they had not detained the appellant, the officers' failure to advise him of his right to counsel was similarly erroneous but understandable. It therefore cannot be characterized as having been in bad faith. Given that the police conduct in committing the *Charter* breach was neither deliberate nor egregious, we conclude that the effect of admitting the evidence would not greatly undermine public confidence in the rule of law. We add that the Court's decision in this case will be to render similar conduct less justifiable going forward. While police are not expected to engage in judicial reflection on conflicting precedents, they are rightly expected to know what the law is.

[134] The second inquiry under the s. 24(2) analysis focusses on whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute from the perspective of society's interest in respect for *Charter* rights. This inquiry focusses on the impact of the breach on the accused's protected interests. Because the two infringed *Charter* rights protect different interests, it is necessary to consider them separately at this stage.

[135] The initial *Charter* violation was arbitrary detention under s. 9 of the *Charter*, curtailing Mr. Grant's liberty interest. This interaction, beginning as a casual conversation, quickly developed into a subtly coercive situation that deprived Mr. Grant of his freedom to make an informed choice as to how to respond. This is so, notwithstanding the fact that the detention did not involve any physical coercion and was not carried out in an abusive manner. We

n'indique que M. Grant ait été victime de profilage racial ou d'autres pratiques discriminatoires. Les policiers sont allés trop loin en détenant l'appelant et en lui posant des questions, mais le moment auquel un contact se mue en détention n'est pas toujours clair, et il a donné du fil à retordre aux tribunaux. Nous sommes d'avis que les policiers ont commis une erreur en détenant l'appelant au moment où ils l'ont fait, mais que l'erreur est compréhensible. Ils ont également commis une erreur en n'informant pas l'appelant de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, mais puisqu'ils croyaient à tort que ce dernier n'était pas en détention, cette erreur est, elle aussi, compréhensible. Il s'ensuit que l'on ne peut conclure à de la mauvaise foi de leur part. Puisque la violation de la *Charte* ne résultait pas d'une conduite délibérée et inacceptable, nous sommes d'avis que l'utilisation de l'élément de preuve en cause n'aurait pas pour effet de miner considérablement la confiance du public en la primauté du droit. Nous ajoutons toutefois que le présent arrêt fera en sorte que, dorénavant, il sera plus difficile de justifier des gestes similaires. Si la police n'est pas tenue d'entreprendre une réflexion juridique au sujet de précédents contradictoires, elle doit cependant connaître l'état du droit.

[134] La deuxième question posée par l'analyse requise par le par. 24(2) nécessite d'examiner si l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, dans la perspective de l'intérêt de la société à ce que les droits garantis par la *Charte* soient respectés. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* est l'élément central de cet examen. Parce que les deux droits en cause protègent des intérêts différents, il faut, à ce stade, les examiner séparément.

[135] La première violation de la *Charte* a découlé de la détention arbitraire de l'appelant au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 9 de la *Charte*, détention qui a empiété sur sa liberté. Le contact, qui a débuté comme une conversation ordinaire, a rapidement pris l'allure d'une situation subtilement coercitive qui a privé M. Grant de sa liberté de faire un choix éclairé quant à la suite à donner aux événements, et ce, même en l'absence

therefore conclude that the impact of this breach, while not severe, was more than minimal.

[136] The second *Charter* violation was breach of Mr. Grant's s. 10(*b*) right to counsel. Cst. Gomes, by his own admission, was probing for answers that would give him grounds for search or arrest. Far from being spontaneous utterances, the appellant's incriminating statements were prompted directly by Cst. Gomes' pointed questioning. The appellant, in need of legal advice, was not told he could consult counsel.

[137] As discussed, discoverability remains a factor in assessing the impact of *Charter* breaches on *Charter* rights. The investigating officers testified that they would not have searched or arrested Mr. Grant but for his self-incriminatory statements. Nor would they have had any legal grounds to do so. Accordingly, the fact that the evidence was non-discoverable aggravates the impact of the breach on Mr. Grant's interest in being able to make an informed choice to talk to the police. He was in "immediate need of legal advice" (*Brydges*, at p. 206) and had no opportunity to seek it.

[138] Considering all these matters, we conclude that the impact of the infringement of Mr. Grant's rights under ss. 9 and 10(*b*) of the *Charter* was significant.

[139] The third and final concern is the effect of admitting the gun on the public interest in having a case adjudicated on its merits. The gun is highly reliable evidence. It is essential to a determination on the merits. The Crown also argues that the seriousness of the offence weighs in favour of admitting the evidence of the gun, so that the matter may be decided on its merits, asserting that gun crime is a societal scourge, that offences of this nature raise major public safety concerns and that the gun is the main evidence in the case. On the other hand, Mr. Grant argues that the seriousness of the offence makes it all the more important that his rights be

de contrainte physique et d'abus. Nous concluons donc que l'effet de cette violation, s'il n'était pas grave, n'était pas non plus négligeable.

[136] La deuxième violation de la *Charte* a été le non-respect du droit de M. Grant d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*). L'agent Gomes a lui-même reconnu qu'il cherchait à obtenir des réponses qui lui fourniraient des motifs de perquisition ou d'arrestation. Les déclarations incriminantes de l'appelant, loin d'être spontanées, ont découlé des questions inquisitrices de l'agent Gomes. L'appelant, qui avait besoin d'assistance juridique, n'a pas été informé du fait qu'il pouvait consulter un avocat.

[137] Comme nous l'avons déjà mentionné, la possibilité de découvrir les éléments de preuve demeure un facteur d'appréciation de l'incidence des violations de la *Charte* sur les droits qu'elle garantit. Les policiers ont témoigné qu'en l'absence des déclarations incriminantes de M. Grant, ils ne l'auraient ni fouillé ni arrêté. Ils n'auraient pas non plus été juridiquement fondés à poser ces gestes. Le fait que l'élément de preuve n'aurait pas pu être découvert aggrave donc l'incidence de la violation sur l'intérêt de l'appelant à pouvoir décider de façon éclairée s'il allait parler à la police. Il avait « immédiatement besoin de conseils juridiques » (*Brydges*, p. 206) et n'a pas eu l'occasion d'en solliciter.

[138] Nous concluons donc que l'atteinte aux droits de M. Grant garantis par l'art. 9 et l'al. 10*b*) de la *Charte* était grave.

[139] La troisième et dernière question concerne l'effet de l'utilisation en preuve du revolver sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit d'un élément de preuve très fiable, et essentiel à l'instruction sur le fond. Le ministère public soutient en outre que la gravité de l'infraction milite en faveur de l'utilisation en preuve du revolver pour que l'affaire soit jugée au fond. Il a fait valoir que les crimes comportant l'usage d'une arme à feu sont un fléau social, que les infractions de cette nature constituent une grave menace pour la sécurité publique et que l'arme constitue le principal élément de preuve en l'espèce. Par ailleurs,

respected. In the result, we do not find this factor to be of much assistance.

[140] To sum up, the police conduct was not egregious. The impact of the *Charter* breach on the accused's protected interests was significant, although not at the most serious end of the scale. Finally, the value of the evidence is considerable. These effects must be balanced in determining whether admitting the gun would put the administration of justice into disrepute. We agree with Laskin J.A. that this is a close case. The balancing mandated by s. 24(2) is qualitative in nature and therefore not capable of mathematical precision. However, weighing all these concerns, in our opinion the courts below did not err in concluding that the admission of the gun into evidence would not, on balance, bring the administration of justice into disrepute. The significant impact of the breach on Mr. Grant's *Charter*-protected rights weighs strongly in favour of excluding the gun, while the public interest in the adjudication of the case on its merits weighs strongly in favour of its admission. Unlike the situation in *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494, the police officers here were operating in circumstances of considerable legal uncertainty. In our view, this tips the balance in favour of admission, suggesting that the repute of the justice system would not suffer from allowing the gun to be admitted in evidence against the appellant.

C. *The Meaning of "Transfer" in Sections 84, 99 and 100 of the Criminal Code*

[141] Mr. Grant argues that his conviction of possession of a firearm for the purposes of weapons trafficking under s. 100(1) of the *Criminal Code* should be quashed on the grounds that he did not "transfer" the firearm within the meaning of that section. Section 100(1) states:

M. Grant soutient que la gravité de l'infraction rend le respect de ses droits d'autant plus important. Nous sommes donc d'avis que ce facteur n'est pas d'une grande utilité.

[140] En résumé, la conduite des policiers n'a pas été inacceptable. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits garantis à l'accusé était grave, sans être des plus extrêmes. Enfin, la valeur probante de l'élément de preuve était considérable. Il faut mettre en balance ces différents facteurs pour déterminer si l'utilisation de l'arme en preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Nous sommes d'accord avec le juge Laskin de la Cour d'appel pour dire qu'il s'agit d'une affaire difficile à trancher. La mise en balance requise par le par. 24(2) est de nature qualitative, la précision mathématique est donc impossible. Toutefois, après avoir examiné tous ces facteurs, nous sommes d'avis que les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas commis d'erreur en concluant que, tout bien considéré, l'utilisation en preuve du revolver n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'incidence grave de la violation sur les droits de M. Grant garantis par la *Charte* milite fortement en faveur de l'exclusion du revolver, tandis que l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond milite fortement en faveur de son utilisation. Contrairement à la situation qui prévalait dans *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494, les policiers travaillaient en l'espèce dans un contexte d'incertitude juridique considérable. À notre avis, cela fait pencher la balance pour l'utilisation en preuve du revolver contre l'appelant et autorise à penser que cette utilisation ne jetterait pas de discrédit sur le système de justice.

C. *La notion de « cession » pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel*

[141] Monsieur Grant soutient qu'il y a lieu d'annuler la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, infraction décrite au par. 100(1) du *Code criminel*, parce qu'il n'a pas « cédé » l'arme au sens où il faut l'entendre pour l'application de cette disposition. Voici le texte du par. 100(1) :

100. (1) Every person commits an offence who possesses a firearm, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, any ammunition or any prohibited ammunition for the purpose of

(*a*) transferring it, whether or not for consideration, or

(*b*) offering to transfer it,

knowing that the person is not authorized to transfer it under the *Firearms Act* or any other Act of Parliament or any regulations made under any Act of Parliament.

100. (1) Commet une infraction quiconque a en sa possession une arme à feu, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées en vue de les céder, même sans contrepartie, ou d'offrir de les céder, sachant qu'il n'y est pas autorisé en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, de toute autre loi fédérale ou de leurs règlements.

[142] In the Court of Appeal, Laskin J.A. noted that "[t]he word 'transfer' is defined in s. 84 to mean 'sell, provide, barter, give, lend, rent, send, *transport*, ship, distribute or deliver'" (para. 72 (italics in original, underlining added)). He observed that the dictionary definition of "transport" is to "carry, convey or remove from *one place or person to another*" (para. 72 (emphasis in original)). He also noted that ss. 84 and 100 of the *Code* were enacted with reference to the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and he considered this wider context. Laskin J.A. was not persuaded that there was any reason to depart from the plain meaning of the word. On this definition, Mr. Grant's admission that he was "dropping off" the gun somewhere "up the road" entailed moving the gun from one place to another and was therefore sufficient to establish all elements of the offence defined by s. 100(1).

[142] Le juge Laskin de la Cour d'appel, après avoir cité la définition de « cession » énoncée à l'art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, *transport*, expédition, distribution ou livraison » (par. 72 (en italique dans l'original, nous soulignons)), s'est reporté à une définition de dictionnaire indiquant que le transport est [TRADUCTION] « le fait de porter, de déplacer ou de faire parvenir *d'un lieu à un autre ou d'une personne à une autre* » (par. 72 (en italique dans l'original)). Il a aussi signalé que les art. 84 et 100 du *Code* avaient été édictés en lien avec la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, et, après avoir examiné ce contexte plus large, a indiqué qu'il n'était pas convaincu qu'il fallait s'écarter du sens ordinaire du mot. Compte tenu de cette définition, l'aveu de M. Grant qu'il allait [TRADUCTION] « porter » le revolver plus loin « sur la rue » supposait le déplacement de l'arme d'un endroit à un autre et suffisait donc à établir les éléments de l'infraction décrite au par. 100(1).

[143] Mr. Grant submits that a contextual reading of s. 100 and the related provisions reveals that Parliament intended to reserve the stiffest penalties for transfers that amount to weapons trafficking, not the mere movement of a firearm from place to place. Since the trial judge did not find that he was in possession of the gun for the purpose of transferring it to another person, Mr. Grant argues that the s. 100(1) conviction cannot stand.

[143] Suivant M. Grant, l'interprétation contextuelle de l'art. 100 et des dispositions connexes révèle que le législateur voulait réserver les peines les plus lourdes aux cessions équivalant à du trafic d'armes et non au simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre. En outre, puisque le juge du procès n'a pas conclu qu'il était en possession du revolver en vue de le céder à une autre personne, M. Grant fait valoir que la déclaration de culpabilité fondée sur le par. 100(1) ne peut être maintenue.

[144] We agree with Mr. Grant that Parliament did not intend s. 100(1) to address the simple movement of a firearm from one place to another. First,

[144] Nous souscrivons à l'argument de M. Grant selon lequel, dans l'esprit du législateur, le par. 100(1) ne visait pas le simple déplacement d'une

according to the "associated meaning" principle of statutory interpretation, "when two or more words linked by 'and' or 'or' serve an analogous grammatical and logical function within a provision, they should be interpreted with a view to their common features": *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at para. 30, *per* McLachlin C.J. See also R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 227-31. Once again, the definition of "transfer" is given in s. 84 as "sell, provide, barter, give, lend, rent, send, transport, ship, distribute or deliver". Of these words, only "transport" can plausibly be said to include moving a thing from place to place without the thing actually changing hands. The common element is the notion of a *transaction*. This suggests a more restrictive meaning than indicated by the dictionary definition of "transport".

[145] It should also be noted that s. 100(1)(*a*) applies to the transfer of a firearm, "whether or not for consideration". Even if "transfer" is equated with "transport", the underlined words suggest that the import of the provision is to criminalize the transfer of firearms for purposes that implicate others. In other words, the inclusion of the phrase "whether or not for consideration" in s. 100(1)(*a*) suggests that Parliament did not intend to criminalize simple movement of firearms by this provision, but rather transport for purposes that implicate another person. Further, the criminalization of an "offer" to transfer a firearm under s. 100(1)(*b*) suggests that a "transfer" is transactional in nature.

[146] We do not accept, as did Laskin J.A., the proposition that the more restrictive reading of s. 100(1) would "destroy the cohesion between the *Criminal Code* provisions on firearms and the *Firearms Act*" (para. 77). While it is undoubtedly true that Parliament intended to place tight restrictions on the movement of firearms, there are other provisions in both regimes that deal specifically with "transfers" that fall short of trafficking. Moving a firearm in an unauthorized manner could

arme à feu d'un endroit à un autre. Premièrement, la règle d'interprétation législative dite des « mots associés » établit que « lorsqu'au moins deux mots reliés par la conjonction "et" ou "ou" ont une fonction logique et grammaticale analogue dans une disposition, ils doivent être interprétés à la lumière de leurs caractéristiques communes » : *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 30, la juge en chef McLachlin. Voir aussi R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 227-231. Voici encore le libellé de la définition de « cession » à l'art. 84 : « Vente, fourniture, échange, don, prêt, envoi, location, transport, expédition, distribution ou livraison. » Dans cette énumération, il n'y a que le mot « transport » qui puisse vraisemblablement viser le déplacement d'une chose d'un lieu à un autre sans qu'elle change de mains. L'élément commun à tous les autres termes est la notion de *marché*, indicative d'un sens plus restreint que celui qui est donné par le dictionnaire pour le mot « transport ».

[145] Il convient également de signaler que le par. 100(1) s'applique à la cession d'une arme à feu « même sans contrepartie ». En supposant même qu'on assimile « transport » et « cession », les mots soulignés indiquent que la disposition a pour objet de criminaliser la cession d'armes à feu pour des fins impliquant d'autres personnes. Autrement dit, il appert de ces mots que l'intention du législateur n'était pas de criminaliser le simple déplacement des armes à feu, mais plutôt leur transport pour des fins impliquant d'autres personnes. En outre, la criminalisation de l'« offre » de cession, au par. 100(1), laisse entendre que la « cession » participe de la nature d'un marché.

[146] Contrairement au juge Laskin, nous ne pouvons accepter l'argument que l'interprétation plus restrictive du par. 100(1) [TRADUCTION] « briserait la cohésion entre les dispositions du *Code criminel* relatives aux armes à feu et la *Loi sur les armes à feu* » (par. 77). Il est incontestable que le législateur a voulu restreindre sévèrement le déplacement des armes à feu, mais les deux lois renferment d'autres dispositions concernant précisément des « cessions » qui ne constituent pas du trafic. Celui qui

result in prosecution under s. 86(2) of the *Criminal Code*, which penalizes the transportation of a firearm in contravention of the regulations made pursuant to the *Firearms Act*. Moreover, the *Firearms Act* defines "transfer" differently from the *Criminal Code*, so their cohesion should not be overstated: see s. 21 of the Act.

[147] Finally, s. 100(1) appears in the *Code* under the heading "Trafficking Offences". As the Court held in *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, at para. 53, *per* Lamer C.J., headings "should be considered part of the legislation and should be read and relied on like any other contextual feature" (quoting R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 269). Firearms trafficking offences are extremely serious, carrying substantial penalties. Indeed, since amendments to the *Code* in 2008, a conviction under s. 100(1) now carries a mandatory minimum penitentiary sentence of three years for a first-time offender, up from one year when Mr. Grant was convicted. It should not be lightly assumed that Parliament intended to deem anyone moving a firearm from place to place without authorization to be a weapons trafficker, liable to at least three years' imprisonment on a first offence. In our view, a contextual reading of the applicable provisions suggests the contrary. Mr. Grant's offence was serious and potentially extremely dangerous, but on the evidence he did not commit the crime of trafficking.

[148] We would therefore allow the appeal on Count 4.

V. Conclusion

[149] We would allow the appeal on Count 4 (the trafficking charge) and enter an

déplace une arme à feu de façon non réglementaire s'expose à une poursuite fondée sur le par. 86(2) du *Code criminel*, qui pénalise le transport d'une arme à feu en contravention des règlements d'application de la *Loi sur les armes à feu*. De plus, cette dernière loi donne une définition de « cession » différente de celle du *Code criminel*, de sorte qu'il ne faut pas trop insister sur la cohésion de ces deux textes : voir l'art. 21 de cette loi.

[147] Enfin, l'infraction décrite au par. 100(1) figure dans le *Code* sous la rubrique « Infractions relatives au trafic ». Comme la Cour l'a indiqué dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, par. 53, le juge en chef Lamer (citant R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 269), les rubriques « devraient être considérées comme faisant partie de la législation et elles devraient être lues et invoquées comme tout autre élément contextuel ». Les infractions relatives au trafic d'armes à feu sont extrêmement graves et entraînent de lourdes peines. De fait, depuis les modifications apportées au *Code* en 2008, les accusés déclarés coupables de l'infraction décrite au par. 100(1) sont condamnés à une peine d'emprisonnement minimale de trois ans pour une première infraction, soit une augmentation par rapport à la peine maximale d'un an qui prévalait lorsque M. Grant a été déclaré coupable. Il ne faut pas présumer à la légère que le législateur voulait que quiconque déplace une arme à feu d'un endroit à un autre sans autorisation soit réputé en faire le trafic et encoure une peine d'au moins trois ans d'emprisonnement pour une première infraction. À notre avis, l'interprétation contextuelle des dispositions applicables indique le contraire. Monsieur Grant a commis une infraction grave qui pouvait présenter un grand danger, mais la preuve indique qu'il ne s'est pas livré à un trafic.

[148] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi à l'égard du quatrième chef d'accusation.

V. Conclusion

[149] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de prononcer un acquittement à l'égard du

acquittal. On all other counts, we would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[150] BINNIE J. — I concur with the disposition of the appeal proposed by my colleagues the Chief Justice and Charron J. and with their modified framework for determinations under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* regarding the admission or rejection of evidence obtained in a manner that violates the *Charter*. I differ, with respect, on their approach to the definition of "detention" in ss. 9 and 10 of the *Charter*. In particular, I believe their approach lays too much emphasis on the *claimant*'s perception of psychological pressure, albeit as filtered through the eyes of the hypothetical reasonable person in the claimant's situation. My colleagues summarize their position on this point as follows:

> 1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. [Emphasis added; para. 44.]

My colleagues then set out a number of factors to help "determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice" (*ibid.*).

[151] The Court's continued embrace of a wholly claimant-centred approach may lead to the impression that it is more important to enquire whether the hypothetical reasonable person "in the individual's circumstances" would *think* himself or herself to be detained than whether he or she *is* detained. The perspective of the person stopped (or a "reasonable person" caught in that particular situation) is important because it is *that* person's liberty that

quatrième chef d'accusation (trafic) et de rejeter le pourvoi à l'égard de tous les autres chefs d'accusation.

Version française des motifs rendus par

[150] LE JUGE BINNIE — Je souscris au dispositif que proposent mes collègues la Juge en chef et la juge Charron dans le présent pourvoi et au cadre d'analyse modifié qu'elles ont élaboré pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* quant à l'admission ou à l'exclusion d'éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Avec égards, je ne partage toutefois pas leur opinion quant à l'approche à adopter pour définir le mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Plus particulièrement, j'estime que leur approche accorde trop d'importance à la perception d'une pression psychologique par le *plaignant*, quoique filtrée par les yeux d'une personne raisonnable hypothétique placée dans la même situation. Mes collègues résument comme suit leur position à cet égard :

> 1. La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer. [Je souligne; par. 44.]

Mes collègues énumèrent ensuite un grand nombre de facteurs qui pourront aider à « déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix » (*ibid.*).

[151] L'adhésion constante de la Cour à une approche exclusivement centrée sur le plaignant pourrait donner l'impression qu'il est plus important de se demander si la personne raisonnable hypothétique « placée dans la même situation » que le plaignant *penserait* qu'elle est détenue plutôt que de se demander si elle *est* détenue. Le point de vue de la personne interceptée (ou d'une « personne raisonnable » se retrouvant dans cette situation précise)

is at issue, but, in my view, the claimant's perspective does not exhaust the relevant considerations. I agree there can be no detention unless the liberty of the person stopped is (or is reasonably perceived by that person to be) significantly constrained, but there may be much happening of which the person stopped is unaware, and this other context ought potentially to affect the legal characterization of the encounter. I agree with Professor Stuart when he writes that

> the focus should not be exclusively on the state of mind of the accused. As Courts of Appeal have persuasively suggested, detention should also take into account the perceptions of the police. . . . [Otherwise] [t]hose perhaps most in need of Charter protection against coercive police practices will have none. On the other hand, it would be unfortunate if preliminary police questioning of any suspect would have to be peppered with Charter warnings.
>
> (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at p. 327)

My colleagues do take into account some police-related factors (e.g., whether the individual is singled out for "focussed investigation" (para. 44(2)(a)) but, as will be seen, they do so only to the extent this information is made evident to the person stopped.

[152] Also important, in my view, is an *objective* assessment of the facts of the encounter divorced from the perception of both parties, neither of whom may have a very clear idea of what is going on in the rush of events.

A. When Does a "Stop" Become a Detention?

[153] While the uniformed police embody society's collective desire for public order and livable and safe communities, they also present a serious and continuing risk to the individual's right to be

est important, parce que c'est la liberté de *cette* personne qui est en cause, mais, à mon avis, le point de vue du plaignant n'est pas la seule considération pertinente. Je reconnais qu'il ne peut y avoir détention sans que la liberté de la personne interceptée soit considérablement entravée (ou qu'elle perçoive raisonnablement qu'il en est ainsi). Il pourrait toutefois se passer bien des choses dont la personne interceptée n'a pas connaissance et il est possible que ces autres éléments contextuels doivent jouer dans la qualification juridique du contact entre la personne et les forces policières. Je suis d'accord avec le professeur Stuart lorsqu'il écrit qu'il

> [TRADUCTION] ne faut pas mettre l'accent exclusivement sur l'état d'esprit de l'accusé. Comme les cours d'appel l'ont suggéré de façon convaincante, le concept de détention doit aussi tenir compte de la perception du policier. [. . .] [Autrement], [c]eux qui ont peut-être le plus besoin de la protection de la Charte contre les pratiques coercitives de la police n'en auront aucune. Par contre, il serait regrettable que les questions préliminaires posées par les policiers à quelque suspect que ce soit doivent être criblées de mises en garde fondées sur la Charte.
>
> (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4e éd. 2005), p. 327)

Mes collègues tiennent compte de certains facteurs qui concernent les policiers (comme le fait que la personne en particulier fasse l'objet d'une « enquête ciblée » (par. 44(2)a)), mais, comme nous le verrons, elles ne les prennent en considération que dans la mesure où ces renseignements sont dévoilés à la personne interceptée.

[152] À mon avis, il est aussi important de procéder à une évaluation *objective* des éléments factuels du contact, abstraction faite de la perception des deux parties, aucune d'elles n'ayant peut-être une idée très claire de ce qui se passe dans le feu de l'action.

A. Quand une « interception » devient-elle une détention?

[153] Bien que les policiers en uniforme représentent la volonté collective de la société que règne l'ordre public et que les communautés soient habitables et sécuritaires, ils constituent aussi une menace

left alone by the state in the absence of objective justification for the state's intervention. Interactions between the police and members of the public are not only rich in diversity but exceedingly common. Quite apart from police assistance offered to the general public, a traditional part of the daily routine of the "cop on the beat" is to check out "suspicious persons". Clear guidance on the rules governing such encounters is, or ought to be, an important part of police training: C. D. Shearing and P. C. Stenning, *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), at p. 41. This case is about a pedestrian. No one doubts the importance of being able to determine at what moment an *interaction* between the police and a pedestrian is converted into a *detention* of that individual, thereby triggering the rights subsidiary to detention, including the right to involve his or her lawyer who can generally be expected to advise his or her client not to say anything further. In the first instance it is the police who must decide if a detention exists because they are the people who administer the caution and inform the person detained about the right to counsel. Their intentions and perceptions will inevitably be factored into their determinations whether disclosed to the claimant or not, and should be taken into account in the legal test for detention when the matter eventually comes before a judge.

sérieuse et continue pour le droit de chacun de ne pas être importuné par l'État sans que l'intervention étatique puisse être justifiée objectivement. Les interactions entre les policiers et les citoyens sont non seulement très diversifiées, mais aussi extrêmement fréquentes. Outre l'aide offerte au public en général, les tâches quotidiennes typiques du « policier patrouilleur » consistent notamment à effectuer des vérifications concernant des « personnes suspectes ». Des directives claires sur les règles qui régissent ces contacts avec les citoyens constituent, ou devraient constituer, une part importante de la formation des policiers : C. D. Shearing et P. C. Stenning, *Police Training in Ontario : An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses* (1980), p. 41. L'affaire dont la Cour est saisie concerne un piéton. Personne ne doute de l'importance de pouvoir déterminer à quel moment une *interaction* entre un policier et un piéton devient une *détention* donnant ouverture aux droits garantis en cas de détention, dont celui de faire intervenir son avocat qui, règle générale, conseillera vraisemblablement au piéton de ne plus rien dire. Au départ, c'est aux policiers de décider s'il y a détention, parce que c'est eux qui feront une mise en garde à la personne détenue et qui l'informeront de son droit à l'assistance d'un avocat. Leurs intentions et leurs perceptions, révélées ou non au plaignant, joueront inévitablement dans leurs décisions et le juge saisi de l'affaire, le cas échéant, devrait en tenir compte dans l'application du critère juridique servant à déterminer s'il y a détention.

[154] A growing body of evidence and opinion suggests that visible minorities and marginalized individuals are at particular risk from unjustified "low visibility" police interventions in their lives: *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at para. 83. See also A. Young, "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, at p. 390; D. M. Tanovich, "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Ontario Human Rights Commission, Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling* (2003); *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System* (1995), at p. 337.

[154] De plus en plus d'éléments de preuve et d'opinions tendent à démontrer que les minorités visibles et les personnes marginalisées risquent davantage de faire l'objet d'interventions policières « discrètes » injustifiées : *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 83. Voir aussi A. Young, « All Along the Watchtower : Arbitrary Detention and the Police Function » (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329, p. 390; D. M. Tanovich, « Using the Charter to Stop Racial Profiling : The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention » (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145; Commission ontarienne des droits de la personne, Rapport d'enquête, *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial* (2003); *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en*

The appellant, Mr. Grant, is black. Courts cannot presume to be colour-blind in these situations.

[155] At the same time, members of visible minorities may, as much as anyone else, be approached and asked questions by police. While, even more so than others, they may feel unable to choose to walk away, the perspective of the police and the information (if any) the police possess when they initiate an encounter would help assess whether the liberty interest of the person stopped is truly at issue, even if the police perspective on the encounter is not made known by words or conduct to the person stopped.

B. A Brief History of the "Reasonable Perception" Test

[156] Our approach to detention, as with so much of this area of the law, draws heavily on the U.S. Fourth Amendment jurisprudence. Both societies, Canada and the United States, place a high value on the right of citizens to go about their business without being arbitrarily stopped by the police and told to give an account of activities that they consider to be none of the police's affair. We therefore want a definition of detention that protects our liberty. Accordingly, in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, Le Dain J. held, and subsequent cases have agreed, that a person is detained where he or she "submits or acquiesces in the deprivation of liberty and reasonably believes that the choice to do otherwise does not exist" (p. 644). This approach corresponded to earlier decisions of the U.S. Supreme Court establishing that "a person has been 'seized' [i.e. detained] within the meaning of the Fourth Amendment only if, in view of all the circumstances surrounding the incident, a reasonable person would have believed that he was not free to leave": *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), at p. 554, endorsed in *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), and subsequent cases.

Ontario (1995), p. 383. L'appelant, M. Grant, est de race noire. En pareilles circonstances, les tribunaux ne peuvent se permettre de faire abstraction des considérations raciales.

[155] Cependant, un membre d'une minorité visible peut, comme n'importe qui d'autre, être abordé et interrogé par les policiers. La personne ainsi interpellée peut, même plus que quiconque, se sentir incapable de choisir de partir. Le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils l'interceptent seraient utiles pour déterminer si sa liberté était réellement en jeu et ce, même si les policiers ne lui ont pas révélé leur perception de la situation par les mots qu'ils ont utilisés ou par leur comportement.

B. Bref historique du critère de la « perception raisonnable »

[156] Notre approche en ce qui a trait à la détention, comme pour une part importante de ce domaine du droit, s'inspire largement de la jurisprudence relative au Quatrième amendement de la Constitution américaine. Les sociétés canadienne et américaine accordent une grande valeur au droit de chacun de vaquer à ses occupations sans être intercepté arbitrairement par les policiers et sommé de rendre compte de ses faits et gestes, alors que ceux-ci ne les concernent pas. Nous souhaitons donc appliquer une définition de la détention qui protège notre liberté. En conséquence, dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain a tiré la conclusion, entérinée dans des arrêts subséquents, qu'une personne est détenue lorsqu'elle « se soumet ou acquiesce à la privation de liberté et croit raisonnablement qu'elle n'a pas le choix d'agir autrement » (p. 644). Cette approche était à l'image de décisions antérieures de la Cour suprême des États-Unis selon lesquelles [TRADUCTION] « une personne a été "saisie" [c.-à-d. mise en détention] au sens où il faut l'entendre pour l'application du Quatrième amendement seulement si, compte tenu de toutes les circonstances entourant l'incident, une personne raisonnable aurait cru qu'elle n'était pas libre de partir » : *United States c. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), p. 554, décision entérinée dans *Florida c. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), et dans des jugements subséquents.

[157] Stewart J. in *Mendenhall* stated quite categorically that the "subjective intention" of the state authority (a drugs enforcement officer) "to detain the respondent, had she attempted to leave, is irrelevant except insofar as that may have been conveyed to the respondent" (p. 554, fn. 6 (emphasis added)). The approach of excluding from consideration information not reasonably evident to the person stopped is endorsed by my colleagues at numerous points in their judgment, for example:

> The question is whether the police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand. [para. 31]
>
> . . .
>
> Accordingly, we must consider all relevant circumstances to determine if a reasonable person in Mr. Grant's position would have concluded that his or her right to choose how to interact with the police (i.e. whether to leave or comply) had been removed. [para. 46]
>
> . . .
>
> In our view, the evidence supports Mr. Grant's contention that a reasonable person in his position (18 years old, alone, faced by three physically larger policemen in adversarial positions) would conclude that his or her right to choose how to act had been removed by the police, given their conduct. [para. 50]

[158] The *Mendenhall* approach to detention adopted in *Therens* and affirmed in this case by my colleagues has different consequences in the U.S. than it does here. In relation to the right to counsel, for example, that right does not arise in the U.S. "without delay" upon a psychological detention ("or seizure"), but only where there is "a 'formal arrest or restraint on freedom of movement' of the degree associated with a formal arrest": *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), at p. 1125; *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), at p. 495. See also *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964), at pp. 490-91; *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436

[157] Dans *Mendenhall*, le juge Stewart a affirmé assez catégoriquement que [TRADUCTION] « l'intention subjective » du représentant de l'État (un agent de la lutte antidrogue) « de détenir l'intimée, si elle avait tenté de quitter les lieux, n'est pas pertinente, sauf dans la mesure où cette intention a été révélée à l'intimée » (p. 554, note 6 (je souligne)). À de nombreuses reprises dans leur jugement, mes collègues adhèrent à l'approche qui consiste à exclure de l'examen judiciaire les renseignements qui ne sont pas raisonnablement manifestes pour la personne interceptée. Par exemple, elles écrivent :

> Il faut se demander si la conduite policière inciterait une personne raisonnable à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre ou à la sommation de la police. [par. 31]
>
> . . .
>
> Par conséquent, nous devons examiner toutes les circonstances pertinentes pour décider si une personne raisonnable placée dans la situation de M. Grant aurait conclu que son droit de choisir le comportement à adopter avec les policiers (c.-à-d. s'en aller ou obtempérer) lui avait été retiré. [par. 46]
>
> . . .
>
> À notre avis, la preuve étaye l'affirmation de M. Grant qu'une personne raisonnable placée dans sa situation (18 ans, seul, devant trois policiers plus costauds que lui et en position antagonique) aurait conclu que les policiers, par leur conduite, l'avaient privée de la liberté de choisir comment agir. [par. 50]

[158] La définition de ce qui constitue une détention établie dans *Mendenhall*, adoptée dans *Therens* et à laquelle adhèrent mes collègues en l'espèce, n'a pas les mêmes conséquences aux États-Unis qu'ici. Aux États-Unis, le droit à l'assistance d'un avocat, par exemple, ne prend pas naissance « sans délai » dès qu'il y a détention (« ou saisie ») psychologique, mais seulement lorsqu'il y a [TRADUCTION] « "arrestation formelle ou entrave formelle à la liberté de mouvement" comparable à celle associée à une arrestation formelle » : *California c. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983), p. 1125; *Oregon c. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977), p. 495. Voir aussi

(1966), at p. 444; *Thompson v. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), at p. 112. Whether such a situation of formal restraint exists under U.S. law "depends on the objective circumstances of the interrogation, not on the subjective views harbored by either the interrogating officers or the person being questioned": *Stansbury v. California*, 511 U.S. 318 (1994), at p. 323 (emphasis added). In other words, in the U.S. psychological detention does not, without more, invoke entitlement to the assistance of counsel. The U.S. courts take a generous view of when "psychological detention" occurs because it triggers scrutiny under the Fourth Amendment of police conduct that would otherwise lie outside judicial oversight under their Constitution. In practical terms, the U.S. can live with such a broad claimant-centred definition because it does not have the effect of bringing in the lawyers at an early stage in encounters between the police and the citizen. The significant effect of a finding of detention in the U.S., as under our decision in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, is to require the police to meet the standard of reasonable suspicion. Thus, the *Mendenhall* doctrine of psychological detention, when imported into Canada, raises a complication under s. 10(*b*) not present in the United States.

C. Recognizing an "Obvious Tension"

[159] In this case, Laskin J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized that:

> The definition of "psychological detention" reflects a judicial balance between competing values. On the one hand, the police have the duty and the authority to investigate and prevent crime in order to keep our community safe. In carrying out their duty, they must interact daily with ordinary citizens. Not every such encounter between the police and a citizen amounts to a constitutional "detention". This court and other courts have recognized that police must be able to speak to

Escobedo c. Illinois, 378 U.S. 478 (1964), p. 490-491; *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), p. 444; *Thompson c. Keohane*, 516 U.S. 99 (1995), p. 112. Selon le droit américain, l'existence d'une telle situation d'entrave formelle [TRADUCTION] « dépend des circonstances objectives de l'interrogatoire et non des perceptions subjectives des agents qui procèdent à l'interrogatoire ou de la personne qui le subit » : *Stansbury c. California*, 511 U.S. 318 (1994), p. 323 (je souligne). Autrement dit, aux États-Unis, la détention psychologique, sans plus, ne donne pas ouverture au droit à l'assistance d'un avocat. Les tribunaux américains ont une vision libérale du moment où survient une « détention psychologique » parce qu'elle donne lieu à l'examen de la conduite des policiers au regard du Quatrième amendement, alors que, suivant leur Constitution, cette conduite échapperait autrement à la surveillance des tribunaux. En pratique, les États-Unis peuvent s'accommoder d'une définition aussi large centrée sur le plaignant parce qu'elle n'a pas pour effet de faire intervenir les avocats à une étape précoce du contact entre les policiers et les citoyens. Le principal effet d'une conclusion selon laquelle il y a détention est, aux États-Unis, d'obliger les policiers à satisfaire à la norme des soupçons raisonnables, tout comme l'exige l'arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Ainsi, la thèse de la détention psychologique énoncée dans *Mendenhall*, si on l'applique au Canada, soulève une difficulté associée à l'application de l'al. 10*b*), qui n'a pas d'équivalent aux États-Unis.

C. Reconnaissance de l'existence d'une « tension manifeste »

[159] En l'espèce, le juge Laskin a reconnu, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, que :

> [TRADUCTION] La définition de la « détention psychologique » rend compte de la mise en équilibre de valeurs concurrentes par les tribunaux. D'un côté, les policiers ont le devoir et le pouvoir d'enquêter sur les infractions criminelles et de prévenir le crime pour assurer la sécurité au sein de la communauté. Dans l'exécution de leurs tâches, ils doivent interagir quotidiennement avec les citoyens ordinaires. Tous les contacts de ce type entre les policiers et les citoyens ne constituent

a citizen without triggering that citizen's *Charter* rights.

. . .

On the other hand, ordinary citizens must have the right to move freely about their community.

((2006), 81 O.R. (3d) 1, at paras. 10 and 12)

[160] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, where the police intercepted an individual as he tried to leave an Ontario liquor store where a fraud had just been committed, Doherty J.A., also speaking for the Ontario Court of Appeal, recognized the "obvious tension between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper and effective use of brief investigative detentions" (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, at para. 41).

[161] Having found a breach of s. 9, Laskin J.A. did not go on in this case to deal with the s. 10(*b*) right to counsel. However, as my colleagues treat *Suberu* in this Court as a more or less straightforward application of their analysis of detention in *Grant*, I propose to deal with both ss. 9 and 10(*b*) here.

[162] The Crown's argument is that by introducing a right to legal counsel (and "to be informed of that right") prematurely into commonplace interactions between police and members of the public, the Court would hamstring essential police services and unduly tilt the constitutional balance against the public interest in effective law enforcement. For the police, in Professor Uviller's mellifluous phrase, "[t]he confession is the 'queen of the evidentiary chessboard'" (quoted in Young, at pp. 365-66). When lawyers are on the scene, the potential for obtaining confessions tends to dry up.

pas une « détention » sur le plan constitutionnel. Notre cour et d'autres tribunaux ont reconnu que les policiers doivent pouvoir parler à un citoyen sans déclencher l'application des droits que lui garantit la *Charte*.

. . .

D'un autre côté, les citoyens ordinaires doivent avoir le droit de se déplacer librement dans leur communauté.

((2006), 81 O.R. (3d) 1, par. 10 et 12)

[160] Dans l'affaire connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, où les policiers ont intercepté un individu au moment où il tentait de quitter un magasin de la Régie des alcools de l'Ontario dans lequel une fraude venait d'être commise, le juge Doherty, s'exprimant également au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a reconnu l'existence d'une [TRADUCTION] « tension manifeste entre l'obligation d'informer les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat et l'utilisation appropriée et efficace de brèves détentions aux fins d'enquête » (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, par. 41).

[161] Ayant conclu que l'art. 9 avait été violé, le juge Laskin n'a pas examiné, dans le présent dossier, le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*). Toutefois, comme mes collègues traitent le dossier *Suberu* comme un cas d'application assez simple de la grille d'analyse de la détention proposée dans *Grant*, j'examinerai ici à la fois l'art. 9 et l'al. 10*b*).

[162] Le ministère public soutient qu'en donnant effet prématurément au droit à l'assistance d'un avocat (et à celui d'en « être informé ») dans le cadre de contacts ordinaires entre les policiers et les citoyens, la Cour paralyserait les services policiers essentiels et ferait pencher indûment la balance constitutionnelle contre l'intérêt du public dans l'application efficace de la loi. Aux yeux des policiers, pour reprendre les termes poétiques employés par le professeur Uviller (cités par Young, p. 365-366), [TRADUCTION] « la confession est la "reine du jeu d'échec de la preuve" ». Or, en présence d'un avocat, la source des confessions tend à se tarir.

[163] The defence, on the other hand, supports a broad definition of detention and quick access to legal advice because under a less generous *Charter* approach a member of the public risks serious prejudice to his or her defence before the lawyer can get involved, since few members of the public are clear about their *Charter* rights. The solution to this dilemma offered by the Ontario Court of Appeal in *Suberu* was to read down s. 10(*b*) so that the concept of "without delay" is stretched more readily to accommodate the reasonable needs of law enforcement (which in practice might well result in a situation similar to that prevailing in the U.S.). The problem with the Ontario court's solution, as my colleagues note, is that the interpretation does not sit easily with what those words mean, whether interpreted purposefully, textually or contextually with the *Charter*.

[163] La défense plaide plutôt en faveur d'une définition large de la détention et d'un accès rapide à des conseils juridiques parce que, si on devait adopter une approche moins généreuse de la *Charte*, un citoyen risquerait de se compromettre gravement avant qu'un avocat n'intervienne, puisque peu de gens connaissent bien les droits que leur confère la *Charte*. Pour résoudre ce dilemme, la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Suberu*, a donné une interprétation atténuée de l'al. 10*b*) de façon à ce que la portée des mots « sans délai » puisse être étendue plus facilement pour répondre aux exigences raisonnables de l'application de la loi (ce qui, en pratique, pourrait fort bien mener à une situation similaire à celle qui existe aux États-Unis). Comme l'ont souligné mes collègues, la solution retenue par le tribunal ontarien pose problème, car cette interprétation s'accorde mal avec le sens des mots, qu'on leur applique une méthode d'interprétation téléologique, textuelle ou contextuelle en fonction de la *Charte*.

[164] The appellant, supported by the Criminal Lawyers' Association (Ontario) and the Canadian Civil Liberties Association, suggests that the "obvious tension" could be eased by declaring inadmissible any incriminating statements made by an accused between the moment the detention crystallized and the subsequent notification to the accused of the right to retain and instruct counsel. However, this presupposes that the s. 9 detention has indeed crystallized, which is the point in issue.

[164] L'appelant fait valoir, avec l'appui de la Criminal Lawyers' Association (Ontario) et de l'Association canadienne des libertés civiles, que cette « tension manifeste » pourrait être atténuée par l'inadmissibilité de toutes les déclarations incriminantes faites par un accusé entre le moment où la détention s'est cristallisée et celui où l'accusé est informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Cela présuppose toutefois que la détention visée par l'art. 9 s'est bel et bien cristallisée, question qui est précisément celle visée par le pourvoi.

[165] Another way to ease the "obvious tension" (other than resort to s. 1) would be for the courts to re-examine the concept of "psychological detention" with a view to broadening the perspectives from which the encounter is viewed. This would help obviate some of the problems with a purely claimant-centred approach, in my opinion.

[165] Une autre façon d'atténuer la « tension manifeste » (hormis le recours à l'article premier) consisterait à ce que les tribunaux réexaminent le concept de la « détention psychologique » de façon à ce que le contact soit envisagé dans des perspectives plus vastes. Cette solution contribuerait, selon moi, à remédier à certains des problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant.

D. Problems With the Claimant-Centred Approach

D. Les problèmes associés à une approche centrée exclusivement sur le plaignant

[166] I believe there are a number of problems with the Court's continuing endorsement of the

[166] J'estime que l'adhésion constante de la Cour à l'approche préconisée par *Therens* et *Mendenhall*

Therens/Mendenhall approach to determine when a simple interaction crystallizes into a detention. Insistence that the claimant's circumstances be viewed from the more detached perspective of a "reasonable person" provides in some cases a welcome corrective, but in other cases, by exaggerating the ability of ordinary people to stand up to police assertion of authority, that approach may compel the conclusion that the claimant had the choice to walk away whereas in reality no such choice existed.

1. *The Perception of the Police May Be of Significance*

[167] My colleagues refer to the "complex situation", for example,

> where the non-coercive police role of assisting in meeting needs or maintaining basic order can subtly merge with the potentially coercive police role of investigating crime and arresting suspects so that they may be brought to justice. [para. 40]

I agree that this "subtle" change of police perspective is relevant to the analysis but it will not always be made apparent to a person who is unambiguously stopped but remains unsure whether the encounter is benign or perilous. Police investigators assemble a mosaic of facts. Apparent "general inquiries" may be designed, unknown to the person stopped, to elicit the missing piece of self-incrimination. The success of the police investigation may indeed depend on the police skill in *masking* their information and intentions from the person stopped.

[168] Of relevance in this respect is the judgment of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1988] 1 S.C.R. xi, setting out some of the considerations he thought relevant to finding a detention, including

> the stage of the investigation, that is, whether the questioning was part of the general investigation of a crime or possible crime or whether the police had already decided that a crime had been committed and that the

pour déterminer à quel moment une simple interaction se cristallise en détention pose de nombreux problèmes. L'insistance pour que la situation du plaignant soit envisagée dans la perspective plus détachée de la « personne raisonnable » permet de remédier à certains de ces problèmes, mais cette approche, qui exagère la capacité d'une personne ordinaire de résister à l'affirmation par les policiers de leur autorité, peut, dans d'autres cas, mener impérativement à la conclusion que le plaignant avait le choix de partir, alors qu'il ne l'avait pas.

1. *La perception de la police peut être importante*

[167] Mes collègues font référence à la « situation [. . .] complexe » où, par exemple,

> l[a] fonction [policière] non coercitive d'assistance en cas de besoin et de maintien élémentaire de l'ordre peut, de façon subtile, se confondre avec leur fonction potentiellement coercitive d'enquête et d'arrestation de suspects pour qu'ils soient traduits en justice. [par. 40]

Je suis d'accord pour dire que ce changement « subtil » de la perspective policière est pertinent pour l'analyse, mais il ne sera pas toujours dévoilé à une personne manifestement interceptée, mais qui ne sait pas avec certitude si elle se trouve dans une situation périlleuse ou si elle n'a rien à craindre de son interaction avec les policiers. Les enquêteurs recueillent des faits qui forment une mosaïque. Des « questions générales » en apparence peuvent viser, à l'insu de la personne interceptée, à trouver la pièce manquante auto-incriminante. Le succès de l'enquête des policiers peut, en fait, dépendre de leur habileté à *masquer* leurs intentions et l'information qu'ils détiennent.

[168] Je crois utile, sur ce point, de citer les motifs du juge Martin, dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xi, parce qu'il y énumère certains éléments qu'il estimait pertinents quant à sa conclusion sur l'existence d'une détention, dont

> [TRADUCTION] le stade de l'enquête, c'est-à-dire si les questions posées faisaient partie de l'enquête générale menée sur un crime réel ou potentiel, ou si la police avait déjà décidé qu'un crime avait été commis et que

accused was the perpetrator or involved in its commission and the questioning was conducted for the purpose of obtaining incriminating statements from the accused; [p. 259]

These are matters that would certainly be known to the police but not necessarily communicated to the person stopped. Perhaps, as mentioned, the stage of the investigation will be intentionally concealed with a view to a more productive interrogation. Other *Moran* considerations would be apparent to the person stopped, for example,

the nature of the questions: whether they were questions of a general nature designed to obtain information or whether the accused was confronted with evidence pointing to his or her guilt; [p. 259]

If, for example, the police arrive at a street disturbance and it is not clear to them whether the occurrence is a crime or an accident, and they tell everyone to stay put until the situation is clarified, such a "stay put" direction should carry a different legal consequence than if used at what is clearly a crime scene to hold an individual they believe is a likely suspect. In the former case, the situation may be explicable by reference to police responsibilities for public safety and order. In the latter case, the police are attempting to gather evidence about (and from) a particular individual in relation to a particular crime. The reality is that in *both* cases, to borrow Laskin J.A.'s formulation in the court below, "any reasonable person hearing these words from a uniformed officer three feet away would treat them not as a request that might be ignored, but as a command that must be obeyed" (para. 24). Although in both cases the police command to "stay put" will likely constrain psychologically the individuals subject to the police direction from walking away, only in the latter instance ought the *Charter* right to be triggered because it is only in that instance that "a person may reasonably require the assistance of counsel" (*Therens*, at pp. 641-42).

l'accusé en était l'auteur, ou qu'il était impliqué dans sa perpétration, et qu'elle posait des questions dans le but d'obtenir des déclarations incriminantes de l'accusé; [p. 259]

Il s'agit là d'éléments qui seraient certainement connus de la police, mais qui ne seraient pas nécessairement révélés à la personne interceptée. Peut-être, comme je l'ai mentionné, la police voudra-t-elle cacher où elle en est dans son enquête dans l'espoir d'un interrogatoire plus fructueux. D'autres éléments mentionnés dans *Moran* seraient évidents pour la personne interceptée, par exemple,

[TRADUCTION] la nature des questions : s'agissait-il de questions d'ordre général visant à recueillir des renseignements, ou s'agissait-il de présenter à l'accusé des éléments de preuve qui tendaient à l'incriminer? [p. 259]

Si, par exemple, les policiers arrivent sur les lieux d'un attroupement dans la rue, sans savoir vraiment si l'agitation est due à un crime ou à un accident, et qu'ils demandent à toutes les personnes présentes de rester sur place jusqu'à ce qu'ils aient tiré la situation au clair, cette directive devrait avoir une conséquence juridique différente de celle qu'elle aurait si elle était donnée dans un lieu qui est manifestement la scène d'un crime pour retenir un individu que les policiers considèrent comme un suspect probable. Dans le premier cas, la situation peut s'expliquer par la responsabilité de la police d'assurer la sécurité du public et de maintenir l'ordre public. Dans le second, les policiers tentent de réunir des éléments de preuve au sujet (et de la part) d'un individu en particulier concernant un crime donné. En réalité, *dans les deux cas*, pour reprendre les termes employés par le juge Laskin, [TRADUCTION] « toute personne raisonnable qui entendrait ces mots prononcés par un policier en uniforme à une distance de trois pieds les considérerait, non pas comme une demande qu'elle peut ignorer, mais comme une sommation à laquelle elle doit obtempérer » (par. 24). Même si, dans les deux cas, l'ordre des policiers de rester sur place représente une contrainte psychologique qui incitera vraisemblablement les personnes auxquelles il s'adresse à ne pas quitter les lieux, ce n'est que dans le second que les droits garantis par la *Charte* devraient entrer en jeu, car c'est uniquement dans cette situation qu'une « personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat » (*Therens*, p. 641-642).

2. *The Uncertain Characteristics of the "Reasonable Person"*

[169] In a useful commentary on the U.S. *Mendenhall* test, Professor Butterfoss writes:

> Application of the test has created a broad "nonseizure" category of police-citizen encounters that permits officers substantial leeway in approaching and questioning citizens without being required to show objective justification for such conduct. This has been accomplished both by constructing a highly artificial "reasonable person," who is much more assertive in encounters with police officers than is the average citizen, and by ignoring the subjective intentions of the officer. The result is that fourth amendment rights of citizens are determined through a legal fiction. [Emphasis added.]
>
> (E. J. Butterfoss, "Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins" (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, at p. 439)

In other words, encounters with police that average citizens would consider left them with no choice but to comply are denied the status of "detentions" through the device of putting in their place an artificially robust and assertive "reasonable person". Self-incriminatory conduct may also be rationalized in the state's favour by the attributed sense of "moral or social duty on the part of every citizen to answer questions put to him or her by the police" (see *R. v. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (Ont. C.A.), at p. 271). This gap between the reality on the street and the court constructed "reasonable person" is of particular relevance to visible minorities who may, because of their background and experience, feel especially unable to disregard police directions, and feel that assertion of their right to walk away will itself be taken as evasive and later be argued by the police to constitute sufficient grounds of suspicion to justify a *Mann* detention.

2. *Les caractéristiques incertaines de la « personne raisonnable »*

[169] Dans un commentaire utile au sujet du critère établi par l'arrêt *Mendenhall* aux États-Unis, le professeur Butterfoss écrit :

> [TRADUCTION] L'application de ce critère a créé une grande catégorie de contacts entre policiers et citoyens « sans saisie » qui laissent aux policiers une grande marge de manœuvre dans leur façon d'aborder et d'interroger les citoyens sans être forcés de justifier objectivement cette conduite. C'est là le résultat, d'une part, d'une interprétation du concept très artificiel de la « personne raisonnable » qui attribue à cette dernière une capacité d'affirmation de soi dans ses rapports avec les policiers bien plus grande que celle du citoyen moyen et, d'autre part, du fait de ne pas tenir compte des intentions subjectives des policiers. Ainsi, la portée des droits reconnus aux citoyens par le Quatrième amendement repose sur une fiction juridique. [Je souligne.]
>
> (E. J. Butterfoss, « Bright Line Seizures : The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins » (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437, p. 439)

En d'autres termes, des contacts avec les policiers qui porteraient le citoyen moyen à croire qu'il n'a d'autre choix que d'obtempérer échappent à la catégorie des « détentions » grâce à un subterfuge qui consiste à lui substituer une « personne raisonnable » dotée d'une force et d'une confiance en soi artificielles. On peut aussi rationaliser la conduite auto-incriminante en faveur de l'État en invoquant le prétendu sens du [TRADUCTION] « devoir moral ou social de tout citoyen de répondre aux questions qui lui sont posées par les policiers » (voir *R. c. Grafe* (1987), 36 C.C.C. (3d) 267 (C.A. Ont.), p. 271). Cet écart entre la réalité de la rue et l'interprétation judiciaire du concept de la « personne raisonnable » est particulièrement pertinent dans le cas du membre d'une minorité visible qui, en raison de sa situation et de son vécu, est davantage susceptible de ne pas se sentir en mesure de désobéir aux directives des policiers et que toute affirmation de son droit de quitter les lieux risque d'être considérée en soi comme une esquive et invoquée plus tard par les policiers comme un motif suffisant d'entretenir des soupçons justifiant sa détention selon l'arrêt *Mann*.

[170] Leaving aside the issue of visible minorities, is the concept of the reasonable person intended to describe average cooperative members of the public? If so, the Canadian reality is that such people will almost always regard a direction from a police officer as a demand that must be complied with. This was recognized in *Therens* (and adopted in this case by my colleagues) when Le Dain J. acknowledged that "[m]ost citizens are not aware of the precise legal limits of police authority" and "the reasonable person is [therefore] likely to err on the side of caution, assume lawful authority and comply with the demand" (p. 644). Viewed in this way, police instructions or demands readily constrain a claimant's choice to leave and, therefore, on that interpretation, even the less intrusive encounters between the police and citizens ought frequently to be declared detentions despite the fact that at that stage such people do not reasonably require the assistance of counsel.

[171] On the other hand, perhaps the "reasonable person" is to be invested with a higher level of legal sophistication, leading to a more robust attitude towards the police. My colleagues refer to the reasonable person's assessment being informed by "generally understood legal rights and duties" (para. 33; see also para. 37). This more erudite version of the "reasonable person" might know that apart from some statutory exceptions, he or she ordinarily has the right to walk away from the encounter regardless of what the police officer says, unless and until the police possess reasonable grounds to suspect involvement in a criminal offence and therefore grounds for a *Mann*-type investigative detention. If the test envisages the perception of this more knowledgeable type of "reasonable person", then anything short of an investigative detention as described in *Mann* would fail to constrain freedom of choice, and whatever is said in those critical early moments of an encounter will be presumed to be "voluntary" and based on consent.

[170] Hormis la question des minorités visibles, le concept de la personne raisonnable est-il censé décrire le citoyen moyen disposé à coopérer avec les policiers? Si c'est le cas, dans le contexte canadien, ce citoyen considérera presque toujours une directive des policiers comme une sommation à laquelle il doit obéir. C'est ce que le juge Le Dain a reconnu dans *Therens* (et que mes collègues admettent en l'espèce), lorsqu'il a constaté que « [l]a plupart des citoyens ne connaissent pas très exactement les limites que la loi impose aux pouvoirs de la police » et, par conséquent, qu'« il est probable que la personne raisonnable pécherа par excès de prudence et obtempérera à la sommation en présumant qu'elle est légale » (p. 644). Vues sous cet angle, les directives ou les sommations de la police restreignent facilement le choix du plaignant de quitter les lieux. Par conséquent, suivant cette interprétation, même les contacts les moins importuns entre les policiers et les citoyens devraient fréquemment être qualifiés de détention, bien que les personnes visées n'aient pas raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat à cette étape.

[171] Par contre, il faut peut-être attribuer à la « personne raisonnable » un niveau plus élevé de raffinement juridique, qui la porterait à adopter une attitude plus ferme à l'égard de la police. Mes collègues affirment que les conclusions d'une personne raisonnable reposent sur « des garanties et des obligations juridiques généralement bien comprises » (par. 33; voir aussi par. 37). Cette version plus érudite de la « personne raisonnable » serait censée savoir que, sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, elle a le droit de quitter les lieux, peu importe ce que dit le policier, à moins que celui-ci ait des motifs raisonnables de la soupçonner d'avoir participé à une infraction criminelle et, par conséquent, des motifs justifiant sa mise en détention à des fins d'enquête suivant l'arrêt *Mann*. Si le test applicable adopte la perspective de ce type de « personne raisonnable » mieux informée, aucun contact en deçà d'une détention aux fins enquête suivant *Mann* n'entraverait la liberté de choix de la personne interpellée, et toutes les déclarations qu'elle ferait dans les premiers moments critiques de son contact avec les policiers seraient présumées « volontaires » et fondées sur son consentement.

[172] A further problem with the "reasonable person" device is to define exactly what information this fictional person possesses. While "the factors" identified by my colleagues include "whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation" (para. 44(2)(a)), it is not suggested that the "reasonable person" is a mind-reader. On their view, this information can only affect the "reasonable person" assessment to the extent it is made manifest to the claimant, whose perception would otherwise remain oblivious and unaffected.

[172] Le concept de la « personne raisonnable » pose un problème additionnel, soit celui de déterminer exactement quels sont les renseignements que détient cette personne fictive. Les « facteurs » établis par mes collègues incluent les questions suivantes : « [L]es policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée? » (par. 44(2)a)). Elles ne laissent toutefois pas entendre que la « personne raisonnable » peut lire dans les pensées. Selon elles, ces renseignements ne peuvent jouer dans l'évaluation de ce que croirait la « personne raisonnable » que dans la mesure où ils sont dévoilés au plaignant, dont la perception ne sera autrement pas influencée par ces éléments.

[173] Yet, another difficulty with calibrating the "reasonable person" approach is that it is not at all clear what experience this hypothetical individual brings to the assessment of the encounter and what criteria this individual applies in deciding whether or not the person stopped is free to choose to break off the encounter. There is a difference between the listing of a broad range of factors to be considered by a court and identifying their relative weight and importance.

[173] Une autre difficulté liée à la modulation de l'approche de la « personne raisonnable » tient à ce qu'on ne connaît pas exactement le vécu de cette personne hypothétique, à partir duquel elle évaluera le contact, ni les critères qu'elle utilise pour décider si la personne interceptée est libre de mettre fin au contact. L'énumération d'un vaste éventail de facteurs dont le tribunal doit tenir compte et la détermination de l'importance et du poids de chacun par rapport aux autres sont deux choses différentes.

[174] In the absence of explicit criteria, various judges will tend to read into the "reasonable person" their own projections of the moment at which, in *their* view, the person stopped *ought* to be able to call a lawyer. This creates the risk of a very results-oriented analysis. Perceptions will vary depending on the personality of the judge seized with the case. My colleagues emphasize at different places the need for deference to the assessment of the trial judges (e.g., para. 43) which may further complicate the task of developing a consistent approach. In other words, continued reliance on the "reasonable person" whose attributed experience and choice of criteria are unspecified except for a presumed commitment to "reasonableness" helps to mask rather than clarify the actual criteria being applied by the Court.

[174] En l'absence de critères explicites, différents juges auront tendance à attribuer à la « personne raisonnable » leur propre impression du moment auquel, à *leur* avis, la personne interceptée *devrait* pouvoir appeler un avocat. Leur analyse risque de ce fait d'être très axée sur le résultat. Les perceptions varieront en fonction de la personnalité du juge saisi de l'affaire. Mes collègues soulignent à différents endroits la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard des décisions des juges de première instance (p. ex., par. 43), ce qui peut compliquer encore davantage l'élaboration d'une approche cohérente. En d'autres termes, le recours continu au test axé sur la « personne raisonnable », dont le vécu et le choix de critères ne sont pas spécifiés, sauf pour ce qui est d'une présomption de « raisonnabilité », contribue à masquer plutôt qu'à clarifier les véritables critères appliqués par la Cour.

E. Broader Approach

[175] As a majority of the Court is satisfied with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, I will not belabour the existence of alternatives. However, I believe more attention should be paid to the *objective* facts of the encounter between a police officer and members of the public, whether or not such facts are made apparent to the person stopped.

[176] There is, of course, an important continuing role for psychological detention as perceived by the person stopped, but in that respect serious weight should be given to the values and experience of the person *actually* stopped, including the experience of visible minorities, and less emphasis on the hypothetical opinion of the "reasonable person" insofar as the latter is presumed to be able to handle such stressful encounters without sensing "significant . . . psychological restraint" (*Mann*, at para. 19). As mentioned, Mr. Grant is black. In determining whether he (or a reasonable person in his position) would feel free to choose to walk away from three policemen, contrary to their wishes in the circumstances here, his ethnicity raises a significant issue. As the above-mentioned studies show, trial judges differ in the weight they are willing to accord to ethnicity in such "low visibility" encounters, despite the over-representation of Aboriginals and other visible minorities in encounters with police patrols. That is why, from my point of view, the police perspective and the information (if any) the police possessed when they initiated the encounter is important to shed light on whether or not the liberty interest of the person stopped was truly compromised.

[177] I agree with my colleagues that a claim of psychological detention must meet the threefold test of (i) a police command or direction (ii) compliance by the person now claiming a s. 9

E. Une approche plus large

[175] Comme les juges majoritaires de la Cour sont satisfaits de la méthode centrée sur le plaignant inspirée de *Therens* et *Mendenhall*, je n'insisterai pas sur l'existence d'autres méthodes possibles. Toutefois, j'estime qu'il faudrait accorder plus d'attention aux éléments factuels *objectifs* des contacts entre un policier et des citoyens, que ces éléments soient dévoilés ou non à la personne interceptée.

[176] Certes, la détention psychologique telle qu'elle est perçue par la personne interceptée devrait toujours jouer un rôle important, mais, à cet égard, on devrait accorder beaucoup de poids aux valeurs et au vécu de la personne *véritablement* interceptée, y compris à l'expérience des minorités visibles, et moins d'attention au point de vue hypothétique de la « personne raisonnable » dans la mesure où cette dernière est présumée capable de faire face à des contacts aussi stressants sans ressentir de « contraintes [. . .] psychologiques appréciables » (*Mann*, par. 19). Comme il a été mentionné, M. Grant est de race noire. Lorsqu'il s'agit de déterminer si M. Grant (ou une personne raisonnable placée dans la même situation) se sentirait libre d'aller à l'encontre de la volonté de trois policiers en quittant les lieux, son origine ethnique soulève une question importante. Comme le démontrent les études précitées, les juges de première instance ne sont pas tous disposés à accorder le même poids à l'origine ethnique dans le cadre de contacts aussi « discrets », malgré la surreprésentation des Autochtones et des autres membres d'une minorité visible parmi les personnes abordées par les patrouilles de police. C'est pourquoi, selon moi, le point de vue des policiers et les renseignements dont ils disposent, le cas échéant, au moment où ils ont abordé le sujet ont de l'importance comme éléments pouvant aider à déterminer si le droit à la liberté de la personne interceptée était réellement compromis.

[177] Je conviens avec mes collègues que, pour établir qu'il y a eu détention psychologique, il faut satisfaire aux trois volets du critère applicable : (i) un policier a donné un commandement ou une

detention and (iii) grounds for a reasonable belief that there was no choice but to comply. However, in my view, police words and conduct should be interpreted in light of the *purpose* of the encounter from the police perspective — whether disclosed to the person from whom cooperation is requested or not. The U.S. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (ALI 1975), § 110.1(2), for instance, includes special provisions for questioning suspects as opposed to seeking cooperation from citizens and requires warnings to suspects that no legal obligation exists to respond to questioning. See also the English *Judges' Rules*, Rules I and II (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), at p. 153). The police know, but the claimant does not know, the point at which a person of interest begins to emerge as a suspect and ceases to be, as my colleagues put it, a person whose "rights are not seriously in issue" (para. 29).

[178] A central problem with the *Therens/Mendenhall* claimant-centred approach, as I see it, is that it does not take adequately into account what the police know and when they knew it except insofar as this information is conveyed to the person stopped, but which the police may not consider to be in their interest to convey. Police may know (as in *Suberu*) if a crime has allegedly been committed and whether they are making the approach to an individual with a view to obtaining general information or, on the other hand, corralling a suspect and collecting admissible evidence to bring him or her to justice. Possession of such knowledge may in fact place the police in an adversarial relationship to the person approached whether that person is aware of the jeopardy or not. It is the adversarial relationship together with the "stop" that generates the need for counsel. At that point, the power imbalance is significant. The unsuspecting suspect may fatally compromise his or her position simply through ignorance of his or her rights and the fact the police have now adopted an adversarial position. At that point, as Le Dain J. put it in *Therens*,

directive, (ii) la personne alléguant qu'il y a eu détention pour l'application de l'art. 9 y a obtempéré et (iii) avait des motifs raisonnables de croire qu'elle n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Je crois cependant que les mots utilisés par le policier et son comportement doivent être interprétés au regard du *but* visé par le contact du point de vue du policier — que la personne dont il demande la coopération en ait été informée ou non. Par exemple, aux États-Unis, § 110.1(2) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (ALI 1975) contient des dispositions spéciales applicables aux questions posées à un suspect, par opposition à une simple demande de coopération adressée à un citoyen, et exige que le suspect soit avisé qu'il n'est pas tenu en droit de répondre aux questions. Voir aussi les règles I et II des *Judges' Rules* anglaises (*Practice Note (Judges' Rules)*, [1964] 1 W.L.R. 152 (C.C.A.), p. 153). Les policiers savent — alors que le plaignant l'ignore — à quel moment une personne d'intérêt accède au rang de suspect et n'est plus, selon les termes employés par mes collègues, une personne dont les droits ne sont « pas sérieusement » compromis (par. 29).

[178] Le problème fondamental que pose, selon moi, l'approche centrée sur le plaignant adoptée dans *Therens* et *Mendenhall* réside dans le fait qu'elle ne prend pas adéquatement en compte ce que les policiers savent, et à quel moment ils l'ont appris, — sauf dans la mesure ou ces informations sont révélées à la personne interceptée —, mais qu'ils estiment peut-être préférable de ne pas révéler. Les policiers peuvent savoir (comme c'était le cas dans *Suberu*) si un crime allégué a été commis et s'ils abordent une personne dans le but d'obtenir des renseignements généraux ou, plutôt, dans le but de coincer un suspect et de recueillir des éléments de preuve admissibles afin de le traduire en justice. Leur connaissance de ce contexte factuel peut les placer en fait dans un rapport antagoniste avec la personne interceptée, que celle-ci sache ou non qu'elle se trouve dans une situation périlleuse. C'est ce rapport antagoniste associé à l'« interception » qui crée le besoin d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. À ce stade, l'inégalité du rapport de force est considérable. Le suspect qui ne se doute de rien peut se compromettre de façon irréversible

"a person may reasonably require the assistance of counsel" (pp. 641-42), but may not have any idea of the perilous turn of events.

[179] On the other hand, a more benign police purpose may deprive even an unambiguous police command of the legal effect of a detention, and thereby enure to the benefit of the Crown. Had Constable Roughley in the *Suberu* case, for example, come rushing up to Mr. Suberu in the parking lot of the liquor store saying "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere" because police had just received information, unknown to Mr. Suberu, that Mr. Suberu's van had been wired with an explosive device by a local member of the Hell's Angels, the detention analysis ought to be quite different although the constable's words and the forcefulness of their expression may be the same.

[180] It is not controversial that in the early stages of a criminal investigation the police must be afforded some flexibility before the lawyers get involved. The police do have the right to ask questions and they need to seek the co-operation of members of the public, including those who turn out to be miscreants. The question is how to accommodate that need within a plausible framework of s. 9 analysis. In my view, without wishing to prolong this discussion, a better and broader approach to detention would explicitly take into account (i) the objective facts of such encounters, whether or not evident to the person stopped, as well as (ii) the perception of the police in initiating the encounter, whether or not evident to the person stopped, and (iii) whatever information the police possess at the time, which may or may not be known to the person stopped, as well as whatever change in the police perception occurs as the encounter develops. These matters should all be factored into a more comprehensive analysis of when a "detention" occurs for

simplement parce qu'il ne connaît pas ses droits ni le fait que l'intervention des policiers s'inscrit dans un rapport antagonique. À ce moment, comme le dit le juge Le Dain dans *Therens*, « une personne peut avoir raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat » (p. 641-642), sans avoir nécessairement conscience du tournant dangereux qu'ont pris les événements.

[179] Par contre, si le but poursuivi par un policier est plus inoffensif, un ordre, même non équivoque, donné par ce policier pourrait ne pas avoir l'effet d'une détention sur le plan juridique, et ainsi favoriser le ministère public. Si, par exemple, dans l'affaire *Suberu*, l'agent Roughley s'était précipité vers M. Suberu dans le stationnement du magasin de la Régie des alcools en lui disant « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », parce que les policiers venaient d'être informés du fait, inconnu de M. Suberu, qu'un membre local des Hell's Angels avait relié la fourgonnette de M. Suberu à un engin explosif, l'analyse de la question de la détention aurait été très différente, malgré le fait que l'agent Roughley aurait utilisé les mêmes mots et les aurait prononcés avec la même fermeté.

[180] Au stade initial d'une enquête criminelle, les policiers doivent, sans conteste, disposer d'une certaine marge de manœuvre avant que les avocats n'interviennent. Les policiers ont le droit de poser des questions et ont besoin de demander la coopération des citoyens, y compris de ceux qui se révèlent être des scélérats. Il s'agit donc de déterminer comment répondre à ce besoin en élaborant un cadre d'analyse réaliste pour l'application de l'art. 9. Sans vouloir prolonger le débat, j'estime qu'une approche plus adéquate et plus large de la détention devrait prendre explicitement en considération (i) les éléments factuels objectifs de ces contacts, qu'ils soient ou non manifestes pour la personne interceptée ainsi que (ii) la perception des policiers au moment où ils abordent la personne interceptée, qu'elle soit ou non manifeste pour cette personne et (iii) toutes les informations dont disposent alors les policiers, que la personne interceptée en ait connaissance ou non, ainsi que tout changement dans la perception des policiers au cours de leur

Charter purposes than is provided in the *Therens/ Mendenhall* claimant-centred approach affirmed today by the Court.

F. Application to the Facts

[181] In this case, I agree with my colleagues that Mr. Grant was arbitrarily detained. The safety of school neighbourhoods is of great importance but under our system of law it cannot be achieved by random detention of pedestrians on the off-chance that some of them might (or might not) be implicated in criminal activity.

[182] The purpose of these police officers, whether or not couched in terms of community policing, was to investigate crime, whether actual or anticipated. Constable Worrell testified that when the officers drove past in an unmarked car, Mr. Grant "stared" at them in an unusually intense manner and continued to do so as they proceeded down the street. He wore a "big jacket" and was "fidgeting" with his coat and pants. Staring at an unmarked car and fidgeting are lawful activities but it was enough to cause three police officers to converge on Mr. Grant. The police purpose for initiating the encounter is important, I believe, and Constable Worrell testified:

Q. Well, when you stop these people, I take it, the object of the exercise in light of what you said about the nature of the area is to find out if perhaps they might be involved in swarmings or robberies or drugs?

A. That's correct.

Q. And when you and your partner talked about potentially stopping Mr. Grant yourselves and what you had in mind was having a chat with him —

A. Mm-hmm.

contact avec la personne interceptée. Tous ces facteurs devraient être inclus dans une analyse plus complète du moment auquel survient la « détention » pour l'application de la *Charte* que l'approche centrée sur le plaignant proposée dans *Therens* et *Mendenhall* et confirmée aujourd'hui par la Cour.

F. Application aux faits

[181] En l'espèce, je conclus comme mes collègues que M. Grant a été détenu de façon arbitraire. La sécurité aux environs d'une école revêt une grande importance, mais notre système de droit ne permet pas qu'elle soit assurée par la détention aléatoire de piétons au cas où certains d'entre eux pourraient être (ou non) mêlés à une activité criminelle.

[182] Le but des policiers, indépendamment du fait qu'il soit décrit comme relevant des services de police communautaire, consistait à enquêter sur des crimes commis ou anticipés. L'agent Worrell a déclaré dans son témoignage que lorsque les agents qui se trouvaient dans une voiture banalisée l'ont dépassé, M. Grant les a « dévisagés » avec une insistance anormale et les a suivis du regard pendant qu'ils s'éloignaient. Il portait un [TRADUCTION] « grand blouson » et « tripotait » son manteau et son pantalon. Il n'est pas illégal de fixer une voiture banalisée et de tripoter quelque chose, mais cela a néanmoins amené les trois policiers à encercler M. Grant. J'estime que l'objectif que poursuivait les policiers au début de l'interpellation est un facteur important. Voici un extrait du témoignage de l'agent Worrell à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q. Et bien, lorsque vous interceptez ces personnes, j'imagine, compte tenu de ce que vous avez dit au sujet du secteur, que le but de l'exercice est de déterminer si elles peuvent être impliquées dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue?

A. C'est exact.

Q. Et lorsque vous et votre partenaire avez parlé de la possibilité d'intercepter M. Grant vous-mêmes, vous aviez l'intention d'avoir une conversation avec lui —

A. Mm-hmm.

Q. — to determine whether he might be involved in swarmings or robberies or drugs, correct?

A. It's possible he may have been, but we didn't know for sure.

The police had no information whatsoever that Mr. Grant may have been implicated in criminal activity or even whether a crime had been committed, but Mr. Grant's further "fidget" with his jacket convinced Constable Gomes to take charge of the situation (whether or not Mr. Grant was aware of how his fidgets were being interpreted by Constable Gomes) and to order Mr. Grant to "keep his hands in front of him". That command crystallized the detention.

[183] However, in my view, the finding of a detention is properly the product not only of Mr. Grant's perception (filtered through the hypothetical reasonable person) but also of the objective facts of why the encounter was initiated (crime detection) and the other facts surrounding the encounter whether or not evident to Mr. Grant, e.g., the agreement among the three officers (unknown to Mr. Grant) to converge on him and thereafter effectively to form "a small phalanx blocking the path in which the appellant was walking" (Laskin J.A., at para. 29). As Mr. Grant did not testify, we do not have any first-hand evidence of *his* perception, although his lack of choice must have been manifest when every time he moved Constable Gomes, who was standing only three feet away, moved in a corresponding way to maintain the nose-to-nose impasse. What we do have in considerable detail is the perception of each of the three police officers. Their forthright account of their own intentions and their acknowledged lack of any information that any crime was or was about to be committed, apart from a "hunch", none of which was conveyed to Mr. Grant, give rise to the conclusion that Mr. Grant *was* arbitrarily detained.

[184] I therefore concur in the conclusion of the Chief Justice and Charron J. that Mr. Grant was

Q. — pour déterminer s'il était possible qu'il soit impliqué dans du taxage, des vols ou des crimes liés à la drogue; exact?

A. C'est possible qu'il ait pu l'être, mais on n'en était pas certains.

Les policiers ne possédaient aucune information indiquant que M. Grant pouvait être impliqué dans une activité criminelle ou même qu'un crime avait été commis, mais le fait qu'il ait continué à [TRADUCTION] « tripoter » son blouson a convaincu l'agent Gomes d'intervenir (que M. Grant ait ou non été au courant des conclusions que l'agent Gomes tirait de la façon dont il tripotait son manteau) et d'ordonner à M. Grant de [TRADUCTION] « garder ses mains devant lui ». Cet ordre a cristallisé la détention.

[183] Toutefois, à mon avis, il faut conclure à juste titre qu'il y avait détention non seulement en raison des perceptions de M. Grant (filtrées par les yeux de la personne raisonnable hypothétique) mais aussi en raison des faits objectifs qui ont motivé l'interpellation (la détection de crimes) et des autres éléments factuels du contact, qu'ils aient été ou non manifestes pour M. Grant, notamment le fait que les trois agents s'étaient entendus (à l'insu de M. Grant) pour avancer vers lui, puis former [TRADUCTION] « une petite phalange pour bloquer le passage à l'appelant » (le juge Laskin, par. 29). Étant donné que M. Grant n'a pas témoigné, nous ne bénéficions pas d'une preuve originale de *sa* perception, bien qu'il devait être évident qu'il n'avait pas de liberté de choix puisque, chaque fois qu'il bougeait, l'agent Gomes, qui était à seulement trois pieds de lui, se déplaçait dans la même direction pour lui bloquer le passage en se plaçant devant lui. Nous connaissons par contre en détail la façon dont chacun des trois policiers percevait la situation. Leur description franche de leurs intentions et leur reconnaissance du fait qu'ils ne détenaient aucun renseignement révélant qu'une infraction avait été commise ou était sur le point d'être commise, hormis un « pressentiment », — éléments factuels qu'ils n'ont pas révélés à M. Grant — mènent à la conclusion que M. Grant *était* détenu arbitrairement.

[184] Je souscris donc à la conclusion de la Juge en chef et de la juge Charron que M. Grant était

detained. I also agree with their analysis under s. 24(2) and the consequent disposition of the appeal.

English version of the reasons delivered by

[185] DESCHAMPS J. — The difficulty in resolving the problems related to detention and to the exclusion of evidence in three appeals now before the Court reveals a number of deficiencies in the applicable rules. These three cases show that it is sometimes hard to reconcile the protection of constitutional rights with the public interest in bringing cases to trial. I have read the reasons of the majority, and I agree with them that the tests for determining whether a person was actually detained and whether evidence should be excluded need to be reformulated. With respect, however, I must comment further on the application of the new rules concerning detention to the facts of this case. As for the factors to consider in deciding whether to admit or exclude evidence obtained in violation of constitutional rights, I find that the test proposed by the majority is problematic, and that it is inconsistent with the purpose of the constitutional provision that applies to such decisions. Although my analysis differs from the majority's, I reach the same conclusion as them.

1. Test for Determining Whether a Person Was Detained

[186] Where the state interacts with citizens in a criminal law context, be it in the streets or in a courtroom, the applicable rules must be clear so that all those involved in the criminal justice system know the scope of their respective rights and powers. I agree with the majority that the police cannot do their work effectively without the co-operation of the public (para. 39). The applicable rules must therefore take into account the fact that the police need to act so as to foster public co-operation, not to discourage it.

détenu. Je suis aussi d'accord avec leur analyse concernant l'application du par. 24(2) et avec le dispositif qui en résulte.

Les motifs suivants ont été rendus par

[185] LA JUGE DESCHAMPS — La difficulté de trouver une solution aux problèmes reliés à la détention et à l'exclusion de la preuve dans trois pourvois dont la Cour est saisie fait bien ressortir certaines lacunes des règles applicables à ces matières. Ces trois affaires montrent en effet qu'il est parfois difficile de concilier la protection des droits constitutionnels et l'intérêt du public à la tenue des procès. J'ai pris connaissance de l'opinion des juges majoritaires et, à l'instar de ceux-ci, je suis d'avis qu'il y a lieu de reformuler les critères permettant de déterminer si une personne est réellement détenue, de même que ceux devant être utilisés pour décider si un élément de preuve doit être exclu. Avec égards pour l'opinion de mes collègues, cependant, je dois ajouter un commentaire sur l'application aux faits de l'espèce des nouvelles règles concernant la détention. En ce qui a trait aux facteurs suggérés pour décider de l'admission ou de l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution, j'estime que la formulation de la grille d'analyse proposée par la majorité pose problème et ne respecte pas l'objectif visé par la disposition constitutionnelle régissant cette décision. J'arrive à la même conclusion que la majorité, mais au moyen d'une analyse différente.

1. Les critères applicables pour conclure à la détention

[186] Que l'interaction de l'État et des citoyens en matière pénale se produise dans la rue ou dans une salle d'audience, les règles applicables doivent être claires, de sorte que tous les acteurs du système de justice pénale puissent connaître l'étendue de leurs droits et pouvoirs respectifs. Je suis d'accord avec la majorité pour affirmer que les corps policiers ne peuvent accomplir leur travail efficacement sans la collaboration du public (par. 39). Les règles applicables doivent donc prendre en considération la nécessité pour les policiers d'agir d'une façon propre à encourager le public à coopérer, plutôt qu'à le décourager à le faire.

[187] In the instant case, the trial judge stressed the fact that the police officers, who were patrolling an area around four schools where numerous disturbances had been reported, had conducted themselves politely and seemed to have been conscientious in doing their work. On whether the law prohibits or should prohibit this type of police action, the trial judge quoted with approval the following comment by one of his colleagues:

> We do not expect the police to sit in their station houses waiting for those who commit offences to walk in and confess. We expect them to be out in the community and when suspicious events occur to make inquiries. The Charter is not a barrier to those inquiries.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9, quoting *R. v. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (Ct. J.))

This approach is the very one on which the majority of this Court are basing the test adopted today to guide the public, law enforcement agencies and judges in determining at what point a person is "detained" in the legal sense of this term.

[188] In the companion case of *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, the majority of the Court acknowledge that police officers may interact with the public and that not every contact between a police officer and a member of the public constitutes detention. There is a clear distinction between the nature of the police action in the case at bar and that of the action in *Suberu*. *Suberu* concerns a targeted action by officers who had received specific information. In the case at bar, the action was one of prevention, and the officers' approach was necessarily different. It will be helpful to consider the trial judge's findings of fact.

[189] Constables Worrell and Forde were on patrol, in plainclothes in an unmarked car, in an area where four high schools are located. The area

[187] En l'espèce, le juge de première instance a souligné le fait que les policiers, qui effectuaient alors une patrouille dans le voisinage de quatre établissements scolaires où de nombreux troubles avaient été signalés, se sont conduits de façon polie et ont paru vouloir accomplir leur travail de façon consciencieuse. Cherchant à déterminer si le droit prohibe ou devrait prohiber ce genre d'activités policières, le juge de première instance a cité avec approbation les propos suivants d'un de ses collègues :

> [TRADUCTION] Nous ne nous attendons pas à ce que les policiers restent au poste de police en attendant que ceux qui commettent des infractions entrent et confessent leurs crimes. Nous attendons d'eux qu'ils soient présents dans la communauté et qu'ils fassent enquête lorsque surviennent des événements suspects. La Charte n'empêche pas la tenue de ces enquêtes.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9, citant *R. c. Orellana*, [1999] O.J. No. 5746 (QL) (C.J.))

Cette approche est justement celle qui inspire aujourd'hui les juges majoritaires de la Cour dans la formulation des critères devant permettre au public, aux forces de l'ordre et aux juges de déterminer à quel moment une personne est détenue au sens juridique de ce terme.

[188] Dans le pourvoi connexe *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, les juges majoritaires de la Cour reconnaissent que les policiers ont le droit d'interagir avec le public et qu'il n'y a pas détention à chaque fois qu'un policier s'adresse à un membre du public. La distinction entre la nature de l'intervention policière dans le présent dossier et celle en cause dans *Suberu* est claire. Dans cet arrêt, il s'agissait d'une intervention ciblée, à l'égard de laquelle les policiers avaient reçu des informations précises. Dans la présente affaire, les policiers procédaient à un travail de prévention et leur approche était naturellement différente. Il est utile de rappeler les faits constatés par le juge qui a présidé au procès.

[189] Les constables Worrell et Forde patrouillaient, sans uniforme et dans une voiture banalisée, un quartier où sont situées quatre écoles secondaires.

was experiencing problems related to intimidation, robberies and drug offences involving students. The two officers had been ordered to maintain a presence there for purposes of prevention. They drove past an individual, Mr. Grant, and noted that he was staring at them. After they had passed him, Constable Worrell turned around and saw that he was still watching them and that he was fidgeting with his clothes at his waist and pulling on his pants with his right hand. At this point, the officers felt that it would be appropriate to speak with him. As they continued along their way, they saw another officer, Constable Gomes, who was on patrol in a marked cruiser. They suggested that he go speak with Mr. Grant, which he did. While speaking with Constable Gomes, Mr. Grant behaved nervously and touched his clothes at his waist, which prompted Constable Gomes to ask him to keep his hands in front of him. At first, constables Worrell and Forde stayed apart from Mr. Grant and Constable Gomes, but on seeing that Mr. Grant still appeared nervous and continued to look at them, they decided to move closer to make sure everything was all right. They identified themselves, showing their badges, and then stood behind Constable Gomes. I will not repeat the exchange that took place between Constable Gomes and Mr. Grant. The relevant passages are reproduced in the majority's reasons. All I need say here is that Mr. Grant made an incriminating statement.

[190] In analysing all these facts, the trial judge found that Mr. Grant had not been detained. The following is his own lengthy summary of his reasons for so finding:

> (1) The Location being the sidewalk of a main street in the City of Toronto in full view of the public.
>
> (2) The means by which the police spoke to the accused; i.e., on the street, and the accused not being required to stay or get into any vehicle or any closed type of situation.
>
> (3) The time of day. It was broad daylight. It was approximately 12:30 p.m., the usual noon hour for students.

Ce quartier était aux prises avec des problèmes d'intimidation, de vols et de drogue au sein de la population étudiante. Les deux policiers avaient reçu comme consigne d'assurer une présence préventive. Ils ont croisé un individu, M. Grant, et ont remarqué qu'il les fixait. Après avoir dépassé M. Grant, le constable Worrell s'est retourné et s'est aperçu que ce dernier continuait de les regarder, qu'il ajustait nerveusement ses vêtements au niveau de la taille et qu'il tirait sur son pantalon de la main droite. À ce moment-là, les constables se sont dit qu'il conviendrait d'avoir une conversation avec M. Grant. En continuant leur route, ils ont vu qu'un autre policier, le constable Gomes, patrouillait dans une voiture de service. Ils lui ont suggéré d'aller parler à M. Grant, ce qu'il fit. Lors de l'échange entre le constable Gomes et M. Grant, ce dernier montrait des signes de nervosité et touchait ses vêtements au niveau de la taille, ce qui a incité le policier à lui demander de placer ses mains devant lui. Les constables Worrell et Forde se sont d'abord tenus à l'écart, mais, remarquant que M. Grant paraissait toujours nerveux et continuait de les regarder, ils ont décidé de s'approcher pour s'assurer que tout se passait bien. Ils se sont identifiés en montrant leur insigne, puis se sont placés derrière le constable Gomes. Je ne reviendrai pas sur l'échange entre ce dernier et M. Grant. Les passages pertinents sont reproduits dans les motifs de la majorité. Pour les besoins de mon propos, il suffit de mentionner que M. Grant a fait une déclaration incriminante.

[190] Analysant tous ces faits, le juge de première instance a conclu que M. Grant n'avait pas été détenu. Je reproduis ci-après le long résumé que le juge a lui-même fait de ses motifs :

[TRADUCTION]

> (1) Le lieu de la rencontre : le trottoir d'une artère principale de la ville de Toronto totalement à la vue du public.
>
> (2) La façon dont le policier s'est adressé à l'accusé : dans la rue, sans que l'accusé soit tenu de rester ou d'entrer dans un véhicule ou dans tout autre espace où il aurait été confiné.
>
> (3) Le moment de la journée : il faisait jour; il était environ 12 h 30, soit l'heure où les étudiants sont habituellement en pause du midi.

(4) There was no physical force. There was no pat down search and there was no grabbing where someone, especially the accused, in any situation might feel intimidated.

(5) There was no actual search or physical search, of course. There were just some questions put.

(6) There was an absence of reasonable and probable grounds to conduct an arrest and there was no reason to take physical control of the accused until, of course, the marijuana and firearm surfaced.

(7) What would Police Constable Gomes have done if the accused, for example, left the scene? He may have followed him. He may have asked him further questions. There again, that is subject to speculation.

(8) The length of the interaction. It was short. It consisted of minutes. This was not a one-half hour or hour interrogation. It wasn't off the street or in a police cruiser.

(9) The response of the other police officers. These officers stood behind Gomes, but they were not involved in the discussion. They didn't surround the accused nor did they detain him. And I may address that issue further in due course.

(10) The nature of the conversation with Gomes. It was not in aggressive language. There were no demands or directions. The only request was that he keep his hands in front of him. There was no demand to enter a cruiser, and nothing was said that I find would be compelling. There were no threats or inducements. This officer just asked some general questions and in response to those questions the accused produced identification as to who he was, where he lived, and he even gave his phone number.

(11) The accused could have walked away. He could have walked around the one police officer or the three police officers and could have kept going. All he had to do, in my view, is say, "Excuse me." To suggest for one moment that he couldn't or they wouldn't permit it is speculation. There was no evidence that the accused felt compelled or had a subjective belief in relation to anything. The inference is, that the accused decided to cooperate all the way with the police. The quantity of time spent was referred to.

I conclude very easily that this was a conversation of an extremely short duration, lasting no more than several

(4) Il n'y a eu aucun usage de la force, aucune fouille par palpation ni aucune appréhension qui, quelles que soient les circonstances, auraient intimidé la personne visée, surtout l'accusé.

(5) Il n'y a eu aucune fouille ni, bien sûr, de fouille physique. Seules quelques questions ont été posées.

(6) Il n'y avait aucun motif raisonnable et probable de procéder à une arrestation et rien ne justifiait de prendre le contrôle physique de l'accusé, et ce, bien entendu jusqu'à ce qu'il soit question de la marijuana et de l'arme à feu.

(7) Qu'aurait fait l'agent Gomes si, par exemple, l'accusé avait quitté les lieux? Il l'aurait peut-être suivi. Il lui aurait peut-être posé plus de questions. Mais, là encore, il ne s'agit que de spéculation.

(8) La rencontre n'a duré que quelques minutes. Il ne s'est pas agi d'un interrogatoire d'une heure ou d'une demi-heure. La discussion n'a pas eu lieu en retrait de la rue ou dans la voiture de patrouille.

(9) La réponse des autres policiers : ces derniers se sont tenus derrière l'agent Gomes, mais ils n'ont pas participé à la discussion. Ils n'ont pas entouré l'accusé, ils ne l'ont pas détenu non plus. Je traiterai davantage de cette question ultérieurement.

(10) La nature de la conversation avec l'agent Gomes : le ton n'était pas agressif; l'agent n'a pas formulé de demande ou donné de directives; il a seulement demandé à l'accusé de garder les mains devant lui; il ne lui a pas demandé d'entrer dans l'auto-patrouille et rien de ce qui a été dit ne me paraît avoir contraint l'accusé; il n'y a eu aucune menace ou incitation. Cet agent s'est contenté de poser des questions générales et en y répondant, l'accusé s'est identifié, a donné son adresse, et même son numéro de téléphone.

(11) L'appelant aurait pu quitter les lieux. Il aurait pu contourner le policier ou les trois policiers et continuer son chemin. À mon avis, il n'avait qu'à dire « Excusez-moi. » Songer à suggérer qu'il ne pouvait agir de la sorte ou que les agents ne l'auraient pas laissé faire n'est que pure spéculation. Rien ne prouve que l'accusé se sentait contraint ou avait une croyance subjective relativement à quoi que ce soit. On peut en conclure que l'accusé a décidé de pleinement coopérer avec la police. Il a déjà été question de la durée de l'échange.

Je conclus sans aucune difficulté que cette conversation a été très courte, quelques moments à peine, pas plus

moments, but no more than three or four minutes. So much so, that I find the ultimate crime, the solving of the crime and the arrest and search incidental to the arrest took some four minutes more or less.

I also find that the limited conversation between Police Constable Gomes and the accused was no more than that, a conversation and an attempt to chit chat or make chit chat. Here again, I find it was all meant to check on the temperature of the community.

(2004 CarswellOnt 8779, at para. 9)

[191] Unlike the trial judge, the Court of Appeal concluded that Mr. Grant had been detained: (2006), 81 O.R. (3d) 1. I agree with this conclusion: viewed as a whole, the facts support the conclusion that there was indeed a detention. However, I wish to point out that the detention came to a head when the officers asked Mr. Grant certain direct questions that, viewed objectively, might have caused a reasonable person to feel singled out, cornered and, therefore, detained. Owing to the nature of the questions asked by Constable Gomes, the line between prevention and suppression was crossed. Constable Gomes asked Mr. Grant if he had committed a crime. Once such a question had been asked of a person who had known he was being watched from the time he had crossed paths with constables Worrell and Forde — who had since arrived on the scene — the encounter could no longer be described simply as an interaction between a police officer and a member of the public. I agree with the Court of Appeal's conclusion that the exchange was no longer an impromptu conversation that a young man such as Mr. Grant would think he could walk away from as he pleased.

[192] In light of the conclusion that Mr. Grant was detained, I must consider the power of the police to detain a person for investigation purposes in performing their crime prevention function. Unlike in the context of crime suppression, police officers who are charged with preventing crime — in particular, as in the instant case, in an area near schools experiencing problems related to violence — know that unlawful acts have been or will be committed, but do not know when, where or by whom a specific crime will be committed.

de trois ou quatre minutes. Si bien qu'à mon avis, le crime, la résolution du crime ainsi que l'arrestation et la fouille qui en ont découlé se sont déroulés en quelque quatre minutes.

Je conclus aussi que la conversation limitée entre le policier Gomes et l'accusé n'était que cela, une conversation et une tentative de faire un brin de causette. Je le répète, j'estime que toute cette démarche visait à prendre le pouls de la communauté.

(2004 CarswellOnt 8779, par. 9)

[191] Contrairement au juge de première instance, la Cour d'appel conclut que M. Grant a été détenu : (2006), 81 O.R. (3d) 1. Je souscris à cette conclusion : vus dans leur ensemble, les faits permettent de conclure qu'il y a effectivement eu détention. Je désire cependant souligner que le point tournant est survenu lorsque les policiers ont posé à M. Grant certaines questions directes qui, considérées objectivement, pouvaient inciter une personne raisonnable à se sentir visée, coincée et, de ce fait, détenue. La nature de l'interrogatoire auquel s'est livré le constable Gomes l'a amené à franchir la limite entre le travail de prévention et le travail de répression. Il a demandé à M. Grant s'il avait commis un crime. À la suite d'une telle question, adressée à une personne qui se savait observée depuis le moment où elle avait croisé les constables Worrell et Forde — lesquels étaient arrivés sur les lieux depuis — la rencontre ne pouvait plus être qualifiée de simple interaction entre un policier et un membre du public. Je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il ne s'agissait plus d'une conversation impromptue pouvant laisser croire à un jeune homme comme M. Grant qu'il pouvait quitter les lieux à sa guise.

[192] La conclusion que M. Grant était détenu m'amène à m'interroger sur le pouvoir des policiers de détenir une personne aux fins d'enquête dans le cadre de leurs activités de prévention du crime. Contrairement à ce qui est le cas en matière de répression de la criminalité, lorsque les policiers sont chargés de prévenir les crimes — plus particulièrement dans un quartier scolaire affligé de problèmes de violence comme en l'espèce — ils savent que des gestes illégaux ont été commis ou le seront, mais ils ne peuvent dire quand, où, ni par qui un

They must therefore have some leeway to be able to perform this function adequately.

[193] Although I cannot conclude that the officers in the case at bar had a reasonable suspicion that an offence had been committed, I would not want what is said in this judgment to discourage them from intervening. As can be seen from the trial judge's reasons, the officers were calm and polite. Even though their actions may, viewed objectively, have constituted detention, that was most likely not intentional. It would therefore be best in future for police officers to avoid asking incriminating questions of people who are likely to be viewed as suspects. The direct questions in the instant case can be compared with the circumspect approach taken by the officers in *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456. If, in the course of an exchange of words in which officers act circumspectly, the behaviour of the person they are speaking with changes, the next question is whether the facts are sufficient to give rise to a reasonable suspicion that an offence has been or will be committed. If they are sufficient, it will then be open to the officers to exercise their power of investigative detention.

[194] In short, I believe it is important to educate the police about how their conduct affects members of the public. If they do not really intend to detain a person, they should — by their deeds and their words — let the person know that he or she is not being singled out.

2. Factors Supporting the Admission or Exclusion of Evidence Obtained in Violation of the *Charter*

[195] The majority propose revising the test developed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, for admitting or excluding evidence obtained in violation of a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree with them that the test needs to be revised, but in my view, the formulation they propose is inconsistent with the purpose

crime particulier sera commis. Pour cette raison, ils doivent disposer d'une marge de manœuvre leur permettant d'accomplir adéquatement ce travail.

[193] Même si, en l'espèce, je ne puis conclure que les policiers possédaient des soupçons raisonnables qu'une infraction avait été commise, je ne voudrais pas que le message qui leur est transmis par ce jugement les décourage d'intervenir. Comme l'indiquent les motifs du juge de première instance, l'attitude des policiers était posée et polie. Bien que, considérée objectivement, leur intervention ait pu constituer une détention, cela n'était fort probablement pas intentionnel. Il serait donc souhaitable, à l'avenir, que les policiers évitent de poser des questions incriminantes à des personnes qui sont susceptibles d'être considérées comme des suspects. Les questions directes posées en l'espèce peuvent être comparées avec l'approche prudente adoptée par les policiers dans l'affaire *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456. Si, au cours d'un échange marqué par la prudence de la part des policiers, le comportement de la personne à laquelle ils s'adressent change, se pose alors la question de savoir si les faits sont suffisants pour faire naître des soupçons raisonnables qu'une infraction a été ou sera commise. Dans un tel cas, les policiers peuvent alors avoir recours à leur pouvoir de détention pour fins d'enquête.

[194] En somme, je crois qu'il est important de sensibiliser les policiers à l'effet que produit leur comportement sur le public. S'ils n'intendent pas vraiment détenir une personne, ils doivent — par leurs gestes et leurs paroles — indiquer à celle-ci qu'elle n'est pas visée personnellement.

2. Les facteurs justifiant l'admission ou l'exclusion d'une preuve obtenue en violation de la *Charte*

[195] Les juges de la majorité proposent de revoir la grille d'analyse formulée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, relativement à l'admission ou à l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens avec eux qu'une telle révision s'impose. À mon avis,

of s. 24(2). I will be proposing a simpler rule that focusses the analysis on two aspects: the societal interest in protecting constitutional rights and the societal interest in the adjudication of the case on the merits. On the basis of these two aspects, it will be possible to consider all the relevant circumstances in order to determine whether the exclusion or admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

A) *Purpose of Section 24(2) of the Charter*

[196] The identification of the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is of prime importance for the determination of the factors to be considered in applying this provision. According to Professor David M. Paciocco, "[r]ecent experience in the United States has demonstrated that the vitality of the exclusionary rule depends entirely on the purposes that are identified for exclusion. This is because each of the rationales has its own level of vulnerability and its own sphere of operation" ("The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, at p. 334). However, Professor Kent Roach cautions that "[i]f none of the approaches is in a preferred position, the choice of which rationale will prevail in a particular case is likely to be inconsistent and result-oriented" ("Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*" (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, at p. 228).

[197] *Collins* had the merit of setting out the first test for applying s. 24(2). But neither in that case nor in those that followed can the Court be said to have identified a guiding principle or taken a clear position ranking the various purposes that are often cited for the provision and can be drawn — sometimes implicitly and sometimes explicitly — from the case law. The failure to do so is surprising, given the importance the Court has attached to contextual analysis and to the need, in interpreting any provision, to consider its purpose.

cependant, la formulation qu'ils proposent ne respecte pas l'objectif du par. 24(2). Je suggère plutôt l'adoption d'une règle plus simple, qui axe l'analyse sur deux aspects : l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels et l'intérêt de la société à ce que les accusations soient jugées au fond. Ces deux aspects permettent de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si l'exclusion ou l'admission d'un élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

A) *L'objectif du par. 24(2) de la Charte*

[196] La détermination de l'objectif visé par le par. 24(2) de la *Charte* revêt une importance certaine pour dégager les facteurs qui seront pris en considération dans l'application de cette disposition. Selon le professeur David M. Paciocco : [TRADUCTION] « L'expérience récente aux États-Unis a démontré que la vitalité de la règle d'exclusion dépend entièrement de l'objectif de l'exclusion. Ceci s'explique par le fait que chaque objectif a son propre niveau de vulnérabilité et sa propre sphère d'action » (« The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule » (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326, p. 334). Le professeur Kent Roach fait quant à lui la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Si aucune des approches n'est préférable, le choix de l'objectif qui prévaudra dans le cas en cause risque d'être fluctuant et fondé sur le résultat » (« Constitutionalizing Disrepute : Exclusion of Evidence after *Therens* » (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209, p. 228).

[197] L'arrêt *Collins* a eu le mérite d'énoncer le premier cadre d'application du par. 24(2). Cependant, ni cette décision ni les jugements subséquents ne permettent de conclure que la Cour a dégagé un principe directeur ou énoncé une position claire hiérarchisant les divers objectifs qui sont fréquemment cités au soutien de la disposition et qui ressortent — parfois implicitement, parfois explicitement — de la jurisprudence sur la question. Cette lacune est étonnante, compte tenu de l'importance accordée par la Cour à l'analyse contextuelle et à l'indispensable prise en considération de l'objectif d'une disposition dans toute démarche d'interprétation.

[198] I accordingly agree with the majority that the purpose of s. 24(2) of the *Charter* is found in the words of the provision. Section 24 reads as follows:

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.

(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.

The purpose of s. 24(2) is to maintain public confidence in the administration of justice.

[199] Since this purpose is a general one, it makes it possible to take the various functions of the criminal justice system into account. This purpose also makes it possible to identify a common denominator between ss. 24(1) and (2). It is clear that one of the purposes of the remedy provided for in s. 24(1), more specifically a stay of proceedings for abuse of process, is to maintain the repute of the administration of justice: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667. Although a stay of proceedings can be granted only in the clearest of cases because it allows the accused to go free, the comparison with s. 24(2) is not without interest, especially in a case where the exclusion of evidence would in practice lead to the discharge of the accused by resulting in his or her acquittal.

[200] A court that must decide under s. 24(1) whether to order a stay of proceedings may consider the "balance . . . between the public interest in having all charges dealt with on their merits [and] the public interest in having all charges stayed to show the court's determination to ensure the continued vigour of checks and balances in the criminal justice system" (*R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, dissent, at para. 231 (emphasis

[198] J'accueille donc positivement le fait que la majorité reconnaisse que l'objectif du par. 24(2) de la *Charte* se trouve dans son texte. Voici le texte de l'art. 24 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.

(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.

L'objectif du par. 24(2) consiste à préserver la considération du public à l'égard de l'administration de la justice.

[199] Comme cet objectif a un caractère général, il permet la prise en compte des diverses fonctions du système de justice pénale. Il permet aussi de reconnaître un dénominateur commun entre les par. 24(1) et (2). Il est clair que l'un des objectifs de la réparation prévue au par. 24(1), plus particulièrement l'arrêt des procédures en cas d'abus, est le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice : *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, p. 1667. Quoique l'arrêt des procédures ne puisse être accordé que dans les cas les plus manifestes, étant donné qu'une telle mesure a pour effet de libérer l'accusé, le rapprochement avec le par. 24(2) n'est pas sans intérêt, surtout dans les cas où l'exclusion de la preuve aboutit concrètement à la libération de l'accusé en provoquant son acquittement.

[200] Le tribunal qui est appelé à décider, en vertu du par. 24(1), s'il y a lieu d'ordonner l'arrêt des procédures, peut tenir compte de « [l']équilibre entre l'intérêt public à ce que tous les chefs d'accusation soient examinés au fond et l'intérêt public à ce que tous les chefs d'accusation soient suspendus pour montrer la détermination de la cour à assurer le maintien de freins et de contrepoids efficaces dans le système de justice pénale » (*R. c. Regan*,

deleted); see also the majority's reasons, at para. 57). This balancing exercise is also essential to the analysis required by s. 24(2). Under s. 24(2), the judge must decide whether the best way to maintain the repute of the administration of justice would be to admit the evidence or to exclude it.

[201] I also agree with the majority's proposition that the exclusionary rule has, primarily, a prospective societal role and that the judge's analysis must focus on systemic concerns (para. 70). The court cannot consider the case of the accused person who is on trial without addressing the long-term impact of its decision on the administration of justice in general. If, where the stay of proceedings and the admission or exclusion of evidence are concerned, the point of convergence between the first and second subsections of s. 24 is the balancing of two factors, what distinguishes these provisions is that the purpose of the first is to provide for an individual remedy, whereas the ultimate purpose of the second lies in the societal interest in maintaining public confidence in the administration of justice. The first is focussed on the individual, the second on society.

[202] The statement that s. 24(2) has a long-term societal purpose is of great significance for the identification of the factors to considered in the analysis. In my view, the test proposed by the majority, by focussing the analysis on the conduct of the police in the first branch and on the interest of the accused in the second, and by attaching less importance to the seriousness of the offence in the third, does not give sufficient consideration to the long-term societal interest that must guide the judge in reaching a decision.

B) *The Test: Branches and Factors*

[203] Since *Collins*, the courts have generally applied a test under which the factors relevant to the analysis to be conducted in applying s. 24(2)

2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, motifs dissidents, par. 231 (italiques omis); voir aussi l'opinion de la majorité, par. 57). La recherche de cet équilibre est également essentielle dans l'analyse requise par le par. 24(2). Conformément à cette disposition, le juge doit décider si la considération dont jouit l'administration de la justice sera davantage maintenue par l'admission de la preuve que par son exclusion.

[201] Je souscris également à la proposition de la majorité selon laquelle la règle d'exclusion joue d'abord un rôle sociétal prospectif et que l'analyse du juge est centrée sur des problèmes d'ordre systémique (par. 70). En effet, le tribunal ne peut s'attacher au dossier de l'accusé qui subit son procès sans examiner l'incidence à long terme de sa décision sur l'administration de la justice en général. Si, lorsqu'on traite d'arrêt des procédures et d'admission ou d'exclusion d'un élément de preuve, le point de convergence des premier et deuxième paragraphes de l'art. 24 est la mise en balance de deux facteurs, l'élément qui les distingue est que l'objectif du premier paragraphe consiste à apporter une réparation individuelle, alors que l'objectif ultime du deuxième réside dans l'intérêt de la société à préserver la considération du public pour l'administration de la justice. Le premier paragraphe est axé sur l'individu, le deuxième sur la société.

[202] Le fait d'affirmer que le par. 24(2) vise un objectif sociétal à long terme emporte des conséquences importantes dans la détermination des éléments de l'analyse. À mon avis, en centrant celle-ci sur la conduite des policiers dans le premier volet et sur l'intérêt de l'accusé dans le second, et en accordant une importance moins grande à la gravité de l'infraction dans le troisième, la grille proposée par la majorité n'est pas suffisamment orientée vers l'intérêt sociétal à long terme qui doit guider le juge dans sa décision.

B) *La grille d'analyse : volets et facteurs à considérer*

[203] Depuis l'arrêt *Collins*, les tribunaux suivent généralement une grille qui classe sous trois grands volets les facteurs pertinents de l'analyse

were grouped in three broad branches. This Court has applied this test in many subsequent decisions, including *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at pp. 783-84, in which Lamer J. (as he then was) summarized the test as follows:

> The first set of factors are those relevant to the fairness of the trial. The second set of factors concerns the seriousness of the *Charter* violations as defined by the conduct of the law enforcement authorities. The third set of factors recognizes the possibility that the administration of justice could be brought into disrepute by excluding the evidence despite the fact that it was obtained in a manner that infringed the *Charter*.

[204] First, the courts had to determine the nature of the evidence obtained in violation of the rights of the accused. Where real evidence was adduced, admitting it rarely led to a finding that trial fairness had been impaired. Second, they had to assess the seriousness of the violation in light of both the interests protected by the infringed right and the state conduct. Third, the courts considered the consequences of excluding the evidence and determined, more specifically, whether the evidence was essential, having regard to the seriousness of the offence (*Greffe*, *per* Dickson C.J., at pp. 762-63).

[205] In the case at bar, the majority propose to reformulate the test. The new version continues to have three branches: a review of the state conduct, the impact of the violation on the *Charter*-protected interests and the public interest in an adjudication on the merits.

[206] It is appropriate that trial fairness is no longer a cornerstone of the test. One of the problems with the reliance on trial fairness in the first branch of the *Collins* test was that it is a concept with several possible meanings and can accordingly lead to confusion.

[207] Trial fairness is sometimes defined narrowly and sometimes more broadly. Defined narrowly, it concerns solely the reliability of the evidence. More broadly, trial fairness corresponds to "courtroom fairness" (P. Mirfield, "The Early

requise pour l'application du par. 24(2). Cette grille a été maintes fois reprise dans la jurisprudence de la Cour, entre autres dans *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, p. 784, où le juge Lamer (plus tard Juge en chef) la résume ainsi :

> Le premier ensemble de facteurs comprend ceux qui portent sur l'équité du procès. Le second ensemble de facteurs concerne la gravité des violations de la *Charte*, appréciée en fonction de la conduite des autorités chargées d'appliquer la loi. Le troisième ensemble de facteurs reconnaît la possibilité que l'administration de la justice soit déconsidérée par l'exclusion de la preuve en dépit du fait qu'elle a été obtenue d'une manière contraire à la *Charte*.

[204] Premièrement, les tribunaux devaient déterminer la nature de la preuve obtenue en violation des droits. Dans le cas d'une preuve matérielle, il était rare que son admission permette de conclure à une atteinte à l'équité du procès. Deuxièmement, ils devaient apprécier la gravité de la violation, tant en fonction des intérêts protégés par le droit violé qu'au regard de la conduite étatique. Troisièmement, les tribunaux s'attachaient aux conséquences de l'exclusion de l'élément de preuve et plus particulièrement au caractère essentiel de celui-ci eu égard à la gravité de l'infraction (*Greffe*, le juge en chef Dickson, p. 762-763).

[205] Dans la présente affaire, mes collègues de la majorité proposent de reformuler la grille d'analyse en conservant trois volets : l'examen de la conduite étatique, l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* et l'intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond.

[206] Il est heureux que la notion d'équité du procès ne constitue plus une des pierres d'assise de l'analyse. En effet, l'un des problèmes du recours à l'équité du procès dans le premier volet de la grille d'analyse établie dans *Collins* est que cette notion a plusieurs acceptions et peut, de ce fait, devenir source de confusion.

[207] On donne à l'équité du procès une portée parfois restreinte, parfois plus large. Selon sa définition étroite, l'équité du procès ne se rapporte qu'à la fiabilité de la preuve. Plus largement, l'équité du procès correspond au terme anglais « *courtroom*

Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, at pp. 444 and 452). In the latter sense, fairness is related to the concept of "conscriptive evidence". Its purpose is to safeguard certain fundamental rights of the accused at trial, such as the right against self-incrimination. This interpretation is essentially the same as the one in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. Finally, trial fairness has been defined very broadly by certain commentators and in certain judgments (see the dissent in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at para. 86). According to this approach, any use of evidence obtained in violation of constitutional rights is — regardless of the quality of the evidence (reliable, conscriptive, derivative, etc.) — a breach of trial fairness. It is clear that, although the concept of fairness seems to go hand in hand with any system of justice worthy of that name, it is not precise enough to serve as a reliable guide.

[208] The reformulation of the first of the criteria from *Collins* so as to exclude the trial fairness concept and take *Charter*-protected interests into account in the second branch of the new test is a refinement that may help judges refer to concrete and objective factors. I am in complete agreement that the greater the impact of the violation on the *Charter*-protected interests, the more likely it is that there will be negative consequences for public confidence in the administration of justice. For example, interference with bodily integrity and a search of a rented car will not have the same impact on the confidence an objective person with good knowledge of the circumstances of the case will have in the administration of justice (*Collins*, at p. 282).

[209] However, I cannot agree with focussing the analysis on the accused, as the purpose remains at all times to maintain public confidence in the administration of justice in the long term, and what is important is the public interest in the protection of constitutional rights. Nor can I accept that one of the factors — state conduct — formerly taken into

fairness » (« équité en salle d'audience ») (P. Mirfield, « The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute » (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434, p. 444 et 452). Cette dernière acception de l'équité se rapporte à la notion de preuve dite « conscrite ». Elle vise alors à préserver certains droits fondamentaux de l'accusé lors du procès, telle que la protection contre l'auto-incrimination. Cette interprétation est essentiellement celle qu'on retrouvait dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Finalement, on retrouve aussi une définition très large de l'équité du procès chez certains auteurs et dans certains jugements (voir la dissidence dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, par. 86). Suivant cette dernière approche, toute utilisation d'une preuve obtenue en violation des droits constitutionnels — peu importe la qualité de cette preuve (fiable, conscrite, dérivée, etc.) — porte atteinte à l'équité du procès. Comme on peut le constater, bien que la notion d'équité et tout système de justice digne de ce nom paraissent aller de pair, cette notion n'est pas suffisamment précise pour servir de guide fiable.

[208] La reformulation du premier critère établi dans *Collins*, de façon à éliminer la notion d'équité du procès et à prendre en considération les intérêts protégés par la *Charte* au deuxième volet de la nouvelle grille d'analyse, est un raffinement qui est susceptible d'aider les juges à se reporter à des éléments concrets et objectifs. Je suis tout à fait d'accord pour dire que plus l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* est grande, plus probables sont les conséquences négatives sur la considération du public envers l'administration de la justice. Par exemple, une atteinte à l'intégrité physique ou la fouille d'une auto louée n'auront pas la même incidence sur la considération qu'aura, à l'endroit de l'administration de la justice, une personne objective bien informée des circonstances de l'affaire (*Collins*, p. 282).

[209] Je ne saurais cependant accepter que l'accusé soit le point de mire de l'analyse — car l'objectif demeure toujours la considération à long terme du public envers l'administration de la justice, et c'est l'intérêt du public dans la protection des droits garantis par la Constitution qui importe. De même, je ne peux accepter que l'un des éléments qui était

account when analysing the seriousness of a violation is now a separate branch of the test. In pursuing the purpose of maintaining confidence in the administration of justice, the courts must dissociate themselves from violations of protected rights, regardless of whether or not they were intentional. Although state conduct is of course the source of the violation, it is but one of the factors to be considered in analysing the impact of the violation on *Charter*-protected interests.

[210] I find the majority's emphasis on state conduct puzzling in view of the purpose of s. 24(2). Although the majority acknowledge that the purpose of the s. 24(2) rule is neither to punish the police officers nor to compensate the accused, the importance they attach to this factor places the judge on a slippery slope. Since any distinction between the role of the exclusion of evidence as a way for a court to dissociate itself from a violation and its role as a deterrent — which has been sharply criticized — will be a fine one, I wonder what role this factor will actually play. The Court's attitude in this respect has already been criticized as being one of "doublespeak" (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4th ed. 2005), at pp. 543-44). I fear that the same word will also be used to refer to the new test. Moreover, by making state conduct a separate branch of the test, the Court is drawing closer to the rules applied in the United States, which are based on very different constitutional provisions and a very different socio-political context (see the reasons of Esson J.A. in *R. v. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (B.C.C.A.)).

[211] It might have been thought that the courts would over time have understood that it is unhelpful to begin the constitutional analysis by considering state conduct. The main problem with the importance attached to this factor is that the deterrent effect of the exclusion of evidence has never been proved empirically (S. Penney, "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained

auparavant pris en considération dans le contexte de l'analyse de la gravité de la violation — en l'occurrence la conduite étatique — constitue maintenant un volet autonome de l'analyse. En poursuivant l'objectif de préservation de la considération dont jouit l'administration de la justice, les tribunaux doivent se dissocier des violations des droits protégés, que ces atteintes soient intentionnelles ou non. La conduite étatique est certes à l'origine de la violation, mais elle ne constitue que l'un des éléments de l'analyse de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*.

[210] L'accent qui est mis par la majorité sur la conduite étatique me laisse perplexe compte tenu de l'objectif du par. 24(2). En effet, bien que la majorité reconnaisse que la règle du par. 24(2) n'a pas pour but de punir les policiers ni de dédommager l'accusé, l'importance accordée à ce facteur entraîne le juge sur un terrain glissant. La distinction ténue qui peut exister entre le rôle de l'exclusion d'un élément de preuve comme moyen pour les tribunaux de se dissocier d'une violation et comme moyen de dissuasion — mesure vivement critiquée — m'incite à me demander quel sera le véritable rôle de ce facteur. On a déjà reproché à la Cour d'avoir une attitude équivoque (« *doublespeak* »), à cet égard (D. Stuart, *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (4e éd. 2005), p. 543-544). Je crains que le même commentaire soit réitéré avec l'adoption de la nouvelle grille d'analyse. L'établissement d'un chef d'analyse distinct, portant sur l'examen de la conduite étatique, rapproche d'ailleurs la Cour des règles appliquées aux États-Unis, qui sont fondées sur des dispositions constitutionnelles et un contexte politico-social très différents (voir l'opinion du juge Esson dans *R. c. Strachan* (1986), 25 D.L.R. (4th) 567 (C.A.C.-B.)).

[211] On pourrait penser que les tribunaux auraient, avec le temps, compris qu'il ne sert à rien de faire de la conduite étatique le point de départ de l'analyse constitutionnelle. En effet, le principal problème qui découle de l'importance accordée à ce facteur est que l'effet dissuasif de l'exclusion d'un élément de preuve n'a jamais été démontré empiriquement (S. Penney, « Taking Deterrence

Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*" (2004), 49 *McGill L.J.* 105, at p. 114).

[212] In the United States, many commentators have attempted to demonstrate that the exclusionary rule is either effective or ineffective as a deterrent, and the question is still open to debate: L. T. Perrin et al., "If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule" (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment* (4th ed. 2004), vol. 1, at pp. 32-37; *Herring v. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Law Reform Commission of Canada, Working Paper 10, *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence* (1974), at pp. 19-20. The question has also been the subject of debate in Canada. According to Paciocco, at p. 340, s. 24(2) cannot have a deterrent effect, because it does not establish a clear and predictable rule requiring the exclusion of evidence. To other commentators, from the perspective of the conduct of state agents, exclusion is not an effective sanction. The police certainly have an interest in the conviction of an accused, but that interest is above all one of society as a whole. Administrative or disciplinary measures may have a greater deterrent effect on the police (Law Reform Commission, at pp. 20-22; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at pp. 123-24, and *Burlingham*, at para. 104, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting). In my view, the reservations expressed regarding the effectiveness of the exclusion of evidence as a deterrent are an invitation to be very prudent as regards the importance attached to state conduct.

[213] Furthermore, a parallel can be drawn with the order for a stay of proceedings for abuse of process, which also has as its purpose the maintenance of public confidence in the administration of justice. As the Court pointed out in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 91, and in *R. v. Taillefer*, 2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307, at para. 119, the purpose of such an order is not to punish state

Seriously : Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter* » (2004), 49 *R.D. McGill* 105, p. 114).

[212] Aux États-Unis, de nombreuses études ont tenté de démontrer l'efficacité ou l'inefficacité de la règle d'exclusion de la preuve comme mesure dissuasive; la question demeure controversée : L. T. Perrin et autres, « If It's Broken, Fix It : Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule » (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669; W. R. LaFave, *Search and Seizure : A Treatise on the Fourth Amendment* (4e éd. 2004), vol. 1, p. 32-37; *Herring c. United States*, 555 U.S. 1 (2009); Commission de réforme du droit du Canada, document de travail 10, *La preuve — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue* (1974), p. 22. Au Canada, la question fait aussi l'objet de débats. Selon Paciocco, p. 340, le par. 24(2) ne peut avoir d'effet dissuasif, car il n'établit pas de règle claire et prévisible prescrivant l'exclusion. Pour d'autres, l'exclusion n'est pas une sanction efficace du point de vue du comportement de l'agent de l'État. Le policier a certes un intérêt dans la déclaration de culpabilité du prévenu, mais cet intérêt est surtout celui de la société tout entière. Des mesures administratives ou disciplinaires pourraient avoir de meilleurs effets dissuasifs sur les forces policières (Commission de réforme du droit, p. 22-24; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, p. 123-124, et *Burlingham*, par. 104, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente). À mon avis, les réserves émises quant à l'efficacité de l'exclusion de la preuve comme mesure dissuasive invitent à faire montre de beaucoup de prudence vis-à-vis l'importance à accorder à la conduite étatique.

[213] Un parallèle peut d'ailleurs être établi avec les ordonnances d'arrêt des procédures prononcées en cas d'abus, mesures qui ont également pour objectif de maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. À cet égard, comme l'a signalé la Cour dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 91, et dans *R. c. Taillefer*, 2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307,

misconduct. In my view, there is no justification for attributing this role, even indirectly, to s. 24(2). Although I agree that the exclusion of evidence may have a deterrent *effect*, I do not think state conduct should be considered separately in the determination of what must be done to maintain public confidence in the administration of justice. If a judge must decide whether to admit or exclude evidence, a violation of rights must already have been proved. It is therefore the impact of that violation that needs to be examined, not the inherent seriousness of the state conduct.

[214] In sum, I agree with incorporating into the assessment of the impact of the violation a broader perspective according to which all *Charter*-protected interests are taken into account. However, this new approach should be focussed not on the accused, but on the public interest in the protection of constitutional rights. Moreover, even though this approach may permit the courts to examine state conduct in order to determine its impact on the protected interests and, if necessary, to dissociate themselves from it, the purpose being pursued is to maintain public confidence in the administration of justice. The need for the courts to dissociate themselves from state conduct is at most one factor to be considered in relation to the overall purpose. Furthermore, in applying the *Collins* test, the courts have considered both state conduct and the seriousness of the infringement of the interests protected by the violated right in their review of the seriousness of the violation. In my view, therefore, the proposed change incorporates into the test a branch that is in itself inconsistent with the purpose of the provision and that does not make the rule any clearer or easier to apply. I accordingly find that the objective of the reformulation has not been achieved.

[215] At the third stage of the *Collins* analysis, the judge had to determine the effect that excluding the evidence would have on the repute of the administration of justice. The third branch of the

par. 119, l'objectif n'est pas de punir un comportement répréhensible de l'État. Rien ne justifie selon moi d'accorder, même indirectement, ce rôle au par. 24(2). Même si j'accepte que l'exclusion d'un élément de preuve puisse avoir un *effet* dissuasif, je ne crois pas que l'examen de la conduite étatique doive constituer un élément autonome dans la détermination de la mesure requise pour maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Si un juge est appelé à décider si une preuve doit être admise ou écartée, c'est que la violation de certains droits a nécessairement déjà été prouvée. Par conséquent, c'est l'incidence de cette violation qu'il convient d'examiner, non la gravité intrinsèque de la conduite étatique.

[214] En somme, dans l'évaluation de l'incidence de la violation, je salue l'intégration d'une perspective plus large, qui tient compte de tous les intérêts protégés par la *Charte*. Cette nouvelle approche ne devrait cependant pas être axée sur l'accusé, mais plutôt sur l'intérêt du public dans le respect des droits garantis par la Constitution. De plus, même si les tribunaux peuvent, dans le cadre de cette approche, examiner la conduite étatique pour déterminer l'incidence de celle-ci sur les intérêts protégés et, s'il y a lieu, s'en dissocier, l'objectif poursuivi est de maintenir la considération du public envers l'administration de la justice. Le besoin pour les tribunaux de se dissocier de la conduite étatique constitue tout au plus un élément qui permet d'atteindre l'objectif général. D'ailleurs, dans l'analyse que les tribunaux faisaient sur la base des critères de l'arrêt *Collins*, la conduite étatique et la gravité de l'atteinte aux intérêts protégés par le droit violé faisaient toutes deux partie de l'étude de la gravité de la violation. J'estime donc que le changement proposé intègre un volet qui en lui-même ne s'inscrit pas dans la poursuite de l'objectif de la disposition et n'a pas pour effet de rendre la règle plus claire ou plus simple à appliquer. En conséquence, je crois que le but visé par la reformulation n'est pas atteint.

[215] Selon la troisième étape de l'arrêt *Collins*, le juge devait déterminer l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Au troisième volet de la nouvelle grille

new test proposed by the majority requires the judge to assess the "public interest in an adjudication on the merits". Although this formulation is clearly broad enough that it will be possible to consider the factors formerly regarded as important in the third branch of the *Collins* test, certain factors are unduly de-emphasized or simply disregarded in the new test.

[216] In this regard, the majority's position on the seriousness of the offence being prosecuted is ambiguous. Although the majority describe this factor as a "valid consideration", they mention that it "has the potential to cut both ways", that is, in favour of either excluding or admitting evidence. Their justification for this position is that although the public has a heightened interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, it also has a heightened interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high (para. 84). I note that they also consider the heightened interest of the accused in having a justice system that is above reproach, especially where the crime with which he or she is charged is a serious one. These comments by the majority help me put the problem in context, and they suggest that the interest of the accused is equal to that of society where the charge is serious. In addition to my doubts about how the seriousness of the offence actually fits into the majority's test, I must say that I disagree with the proposition that in the analysis relating to the maintenance of the repute of the administration of justice, this factor is neutral.

[217] First of all, the third branch of the majority's test requires the judge to consider the factors that weigh in favour of or against proceeding to trial. At first glance, it is hard to imagine how the seriousness of the offence, and even the harshness of the sentence, could weigh against proceeding to trial. However, it is conceivable that when the factor of the seriousness of the offence is combined with other circumstances — where, for example,

proposée par la majorité, le juge doit mesurer « l'intérêt du public à ce que les accusations soient jugées au fond ». Bien que cette formulation soit certes suffisamment large pour permettre la prise en compte des éléments qui étaient auparavant considérés comme importants au troisième volet de l'arrêt *Collins*, la nouvelle grille dévalorise certains éléments de façon indue ou les escamote tout simplement.

[216] À cet égard, la position de la majorité en ce qui concerne la gravité de l'infraction qui fait l'objet des procédures est ambiguë. Bien que la majorité qualifie ce facteur de considération valable, elle mentionne qu'il peut jouer dans les deux sens (« *it has the potential to cut both ways* »), c'est-à-dire tant en faveur de l'exclusion de la preuve que de son admission. La majorité justifie cette position en affirmant que, quoique le public ait un intérêt accru à ce que l'affaire soit jugée au fond en cas de crime grave, il a également un intérêt accru à ce que le système de justice demeure à l'abri de tout reproche, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales (par. 84). Je prends note de la prise en considération de l'intérêt accru de l'accusé dans un système de justice à l'abri de tout reproche, en particulier quand le crime pour lequel il est inculpé est grave. Ces propos de la majorité me permettent de mieux situer le problème et tendent à indiquer que l'accusé a un intérêt égal à celui de la société en cas d'accusation grave. Outre le fait que je m'interroge sur la place véritable qu'occupe la gravité de l'infraction dans l'analyse de la majorité, je dois exprimer mon désaccord avec la proposition selon laquelle la gravité de l'infraction joue un rôle neutre dans l'évaluation du maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice.

[217] D'abord, au troisième volet de la grille d'analyse proposée par la majorité, le juge doit étudier les facteurs qui militent en faveur ou en défaveur de la tenue d'un procès. À première vue, il est difficile d'imaginer comment la gravité de l'infraction, et même la sévérité de la peine, pourraient militer à l'encontre de la tenue d'un procès. On peut cependant concevoir que, lorsque le facteur de la gravité de l'infraction est combiné avec d'autres

the evidence is unreliable — the accused might claim to have a greater interest in not standing trial if he or she could face a harsher sentence owing to the seriousness of the charge. But this interest is subsumed in the public's interest, which is of course opposed to having an accused convicted on the basis of unreliable evidence. Moreover, a well-informed person who is objective and is apprised of all the circumstances would surely be shocked if unreliable evidence were used in any criminal trial (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 62).

[218] What the majority suggest is in reality that, on the one hand, the interest of the accused in having the evidence excluded increases with the seriousness of the offence and the harshness of the potential sentence and, on the other hand, the societal interest in an adjudication on the merits increases with the seriousness of the offence. The result is that this factor is considered to be neutral. But I find it unacceptable to place value in the benefit derived by the accused from the exclusion of reliable evidence. The accused has a legitimate interest in having his or her rights protected, but not in having the evidence truncated to his or her advantage. In other words, the outcome of the analysis cannot be factored into the analysis itself. Moreover, the protection of the interests of the accused is considered in the first and second branches of the test proposed by the majority, not in the third.

[219] The analysis to be conducted under s. 24(2) should not be more likely to result in the exclusion of evidence where the charge is murder than where it is theft. To the extent that the majority's approach has the effect of including, in the third branch of the test, factors related to the consequences of the charges for the accused, it is inconsistent with the analysis required at this stage.

[220] The suggestion that the effect of the factor of the seriousness of the offence is neutral because of the heightened societal interest in having a

circonstances, par exemple l'absence de fiabilité de la preuve, l'accusé prétende à un intérêt plus grand à ce que le procès n'ait pas lieu lorsqu'il s'expose à une peine plus sévère du fait qu'il s'agit d'un crime grave. Toutefois, cet intérêt est subsumé dans l'intérêt du public, qui n'a certes pas intérêt à ce qu'un accusé soit déclaré coupable et condamné sur la foi d'une preuve non fiable. D'ailleurs, une personne bien informée, objective et au fait de toutes les circonstances serait assurément choquée si une preuve non fiable était utilisée dans quelque procès criminel que ce soit (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 62).

[218] Ce que suggère la majorité est en réalité ceci : d'une part, plus l'infraction est grave et la peine potentielle sévère, plus l'intérêt de l'accusé dans l'exclusion de la preuve s'accroît; d'autre part, plus l'infraction est grave, plus l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond est grand. Résultat : ce facteur est neutre. Or, il me semble inadmissible de valoriser le bénéfice accordé à l'accusé lorsqu'une preuve par ailleurs fiable est écartée. L'accusé a un intérêt légitime à ce qu'on respecte ses droits, mais non à ce que la preuve soit tronquée en sa faveur. En d'autres mots, le résultat de l'analyse ne peut être pris en considération dans l'analyse elle-même. De plus, la protection des intérêts de l'accusé est prise en compte dans les premier et deuxième volets de l'analyse proposée par la majorité, non dans le troisième.

[219] L'analyse que requiert l'application du par. 24(2) ne devrait pas aboutir davantage à l'exclusion de la preuve dans les cas où l'intéressé est accusé de meurtre que dans les cas où il est accusé d'un simple vol. Dans la mesure où l'approche de la majorité a pour effet d'inclure au troisième volet de la grille d'analyse des éléments qui se rapportent aux conséquences des accusations pour l'intéressé, la démarche ne respecte pas l'examen requis à cette étape.

[220] Un autre problème découle de la suggestion selon laquelle le facteur de la gravité de l'infraction produit un effet neutre en raison de l'intérêt

system of justice that is above reproach is also problematic. What might be criticized is the admission of evidence obtained in violation of constitutional rights. This implies that the violation is taken into account at this stage of the analysis. In other words, the violation will have been taken into account at every stage: at the first, in reviewing the conduct of the police; at the second, in assessing the impact of the violation on the protected interests; and lastly, at the third, in considering the interest in maintaining a system of justice that is above reproach. Furthermore, this approach evokes the broad concept of trial fairness even though that concept is not formally included in the test proposed by the majority. Thus, trial fairness would be reintroduced indirectly, but in a more diffuse sense that is potentially much broader than the one in which it was used in the approach developed in *Collins* and *Stillman*.

[221] In my view, assessing the seriousness of the offence is as important as determining whether the evidence is reliable or essential. To disregard this factor would make as little sense as to disregard the fact that an accused who is granted a stay of proceedings will not be prosecuted.

[222] If the role of the courts is to conduct trials to seek the truth about the commission of crimes, the importance of this role reaches its apogee where the crime is a particularly serious one. I think it goes without saying that society has a greater interest in an adjudication on the merits where the crime is a serious one, such as murder, sexual assault or importing hard drugs, than where it is less serious, as in the case of shoplifting, possession of cannabis or assault.

C) *Proposed Test*

[223] In short, I agree that the time has come for the Court to revisit the test for the admission or exclusion of evidence obtained in violation of a *Charter* right. I am proposing a simple test that takes

accru de la société dans un système de justice qui soit à l'abri de tout reproche. Si un reproche est formulé, c'est qu'un élément de preuve obtenu en violation de droits garantis par la Constitution a été admis. Cela suppose que la violation est prise en compte à ce volet de l'analyse. En somme, la violation aura été prise en compte à toutes les étapes : à la première, lors de l'examen de la conduite policière; à la deuxième, lors de l'examen de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés; et enfin, à la troisième, dans la recherche du maintien d'un système de justice à l'abri de tout reproche. De plus, cette démarche rappelle la conception large de l'équité du procès qui, pourtant, n'est pas reprise formellement dans la grille d'analyse proposée par la majorité. La notion d'équité du procès serait donc réintroduite indirectement, mais dans un sens plus diffus, potentiellement beaucoup plus large que celui qui était retenu suivant l'approche établie dans les arrêts *Collins* et *Stillman*.

[221] À mon avis, l'examen de la gravité de l'infraction revêt autant d'importance que l'examen du caractère fiable ou essentiel de la preuve. Faire abstraction de ce facteur serait tout aussi incohérent que de ne pas tenir compte du fait que l'accusé bénéficiant d'un arrêt des procédures ne sera pas poursuivi.

[222] Si le rôle des tribunaux est de tenir des procès visant à établir la vérité concernant la perpétration d'un crime, l'importance de cette fonction atteint son point culminant lorsque le crime commis se situe au haut de l'échelle de la gravité. Il me paraît indiscutable que la société a un intérêt plus grand à ce que l'affaire soit jugée au fond lorsqu'il s'agit d'un crime grave, par exemple un meurtre, une agression sexuelle ou l'importation de drogues dures, que lorsqu'il s'agit de crimes moins graves, par exemple un vol à l'étalage, la possession de cannabis ou des voies de fait.

C) *Grille d'analyse proposée*

[223] Bref, il est temps, j'en conviens, que la Cour revoie la grille d'analyse qui doit guider l'admission ou l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé par la *Charte*. Je propose

into account both the public interest in protecting *Charter* rights and the public interest in an adjudication on the merits. I agree with the majority that the judge's approach should be to foster the maintenance of public confidence in the administration of justice in the long term, but I would add that it is by striking a fair balance between these two societal interests that this result will be attained. These are the only two aspects that a judge should consider in determining whether the maintenance of confidence in the administration of justice would be better served by admitting the evidence or by excluding it.

[224] On the branch related to the protection of constitutional rights, I would suggest that any facts that help show the effect of the violation on the protected rights be considered. In this respect, the state conduct that gave rise to the violation is obviously a relevant factor. However, the purpose of the judge's review is not to punish the police officers or to compensate the accused for the violation. Rather, it is to assess the impact of that conduct on the protected interests with a view to ultimately balancing the societal interest in the protection of constitutional rights against the role of the judicial system as the institution responsible for holding trials. There may be cases in which conduct is so serious that the courts feel a need to dissociate themselves from it and, in the end, to attach paramount importance to it in their analysis. In the test I am proposing, however, state conduct is but one of the factors to be considered in assessing the impact of the violation on the protected rights.

[225] The impact of a violation on protected interests will vary with the circumstances, and it would be impossible here to list all the circumstances that might be relevant. Suffice it to mention the place of the search, the nature of the evidence, the nature of the violated right, the urgency of the situation for the police officers, the availability of other less intrusive investigation methods, the officers' knowledge of the applicable law, their training, and the clarity of the law. In short, the judge must take

une grille simple, qui tient compte à la fois de l'intérêt du public à la préservation des droits protégés par la *Charte* et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout comme la majorité, j'estime que le juge doit adopter une approche propre à favoriser le maintien à long terme de la considération dont jouit l'administration de la justice auprès du public, mais j'ajoute que ce résultat passe par la recherche d'un juste équilibre entre ces deux intérêts de la société. Il s'agit là des deux seuls aspects dont le juge doit tenir compte pour déterminer si le maintien de la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux servi par l'admission de la preuve ou par son exclusion.

[224] Pour ce qui est du volet touchant la préservation des droits constitutionnels, je suggère de prendre en considération tous les faits donnant des indications sur l'effet de la violation sur les droits protégés. À cet égard, il va de soi que la conduite étatique à l'origine de la violation constitue un élément d'analyse pertinent. L'évaluation du juge n'a cependant pas pour objectif de punir les policiers ou de dédommager l'accusé par suite de la violation. Elle consiste plutôt à apprécier l'incidence d'une telle conduite sur les intérêts protégés en vue de la mise en balance de l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels d'une part, et du rôle du système judiciaire en tant qu'institution chargée de la tenue des procès d'autre part. Il pourra arriver que la conduite soit si grave que le tribunal sente le besoin de s'en dissocier et lui reconnaisse, en bout de ligne, une importance prépondérante. Je souligne toutefois que, dans la grille que je propose, la conduite étatique n'est qu'un des faits permettant d'évaluer l'incidence de la violation sur les droits protégés.

[225] L'incidence d'une violation sur les intérêts protégés varie selon les circonstances et il est impossible d'énumérer ici toutes les circonstances susceptibles d'être pertinentes. Il suffit de mentionner, par exemple, le lieu où la fouille est faite, la nature de la preuve obtenue, la nature du droit violé, l'état d'urgence auquel faisaient face les policiers, la possibilité d'avoir recours à d'autres méthodes d'enquête moins attentatoires, la connaissance par les policiers de la règle de droit applicable,

into account all the facts that may be used to assess the long-term impact of his or her decision on the repute of the administration of justice, that is, not on the rights of the accused being tried, but rather on those of every individual whose rights might be violated in a similar way.

[226] As for the branch related to the public interest in an adjudication on the merits, I would suggest taking the reliability of the evidence into account. In my view, this consideration is crucial to the maintenance of public confidence. On the one hand, unreliable evidence will invariably undermine public confidence in the courts' ability to determine whether accused persons are guilty or innocent. On the other hand, a decision to exclude reliable evidence without good reason is also likely to be seen as an abdication by the court of its institutional role. As a corollary, whether the evidence in issue is essential or peripheral is highly significant. Similarly, the importance of the factor of the seriousness of the offence must be recognized, given society's strong interest in being protected from the commission of serious crimes. I have already explained why I feel this factor cannot reasonably be excluded without causing the test itself to bring the administration of justice into disrepute. This is why I would make it an important factor in the analysis.

[227] The question the judge must answer is whether the repute of the administration of justice would be better protected by admitting the evidence or by excluding it. In some cases, the impact on constitutional rights will be the determining factor because, owing to certain circumstances of the violation, the long-term effect of admitting the evidence would be to bring the administration of justice into disrepute. But the converse is also true. Thus, there will be other cases in which it is the public interest in an adjudication on the merits that should prevail: see, for example, the companion case of *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2

la formation des policiers, la clarté de la règle de droit. Bref, le juge doit prendre en considération tous les faits qui permettent d'évaluer l'incidence à long terme de sa décision sur la considération dont jouit l'administration de la justice, c'est-à-dire non pas sur les droits de l'accusé particulièrement concerné, mais plutôt sur ceux de tous les individus qui pourraient être victimes d'une violation similaire de leurs droits.

[226] Pour ce qui est du volet portant sur l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, je suggère de prendre en considération la fiabilité de la preuve. Cette considération me paraît primordiale pour assurer le maintien de la confiance du public. D'une part, une preuve non fiable minera invariablement la confiance de celui-ci dans la capacité des tribunaux de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. D'autre part, la décision d'écarter sans motif sérieux une preuve par ailleurs fiable est également de nature à être considérée comme l'abdication par les tribunaux de leur rôle en tant qu'institution. Corollairement, le fait que l'élément de preuve litigieux soit essentiel ou périphérique revêt une grande importance. De même, l'importance du facteur de la gravité de l'infraction reprochée doit être reconnue vu l'intérêt considérable qu'a la société à être protégée contre la perpétration de crimes graves. J'ai expliqué plus tôt les raisons pour lesquelles j'estime que cet élément ne saurait raisonnablement être exclu sans que la grille proposée n'ait elle-même pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Voilà pourquoi j'en fais un facteur important de l'analyse.

[227] La question à laquelle le juge doit répondre est de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera mieux assurée par l'admission de la preuve ou par son exclusion. Dans certains cas, l'incidence sur les droits protégés par la Constitution constituera un facteur prépondérant, car certaines circonstances de la violation feront que l'effet à long terme de l'inclusion déconsidérera l'administration de la justice. Mais la réciproque est également vraie. Ainsi, dans d'autres cas, c'est l'intérêt du public à la tenue du procès qui devrait l'emporter : voir, par exemple, le pourvoi connexe *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494.

S.C.R. 494. Absent an error in principle, the decision is a matter for the trier of fact.

3. Application of the Principles to the Facts of the Case

[228] On whether admitting the weapon in evidence would have a positive effect on the repute of the administration of justice, I agree with the majority's conclusion. I refer to the following findings of fact made by the trial judge: the exchange lasted only a few minutes, the officers were polite to Mr. Grant, and they were motivated by a desire to take a proactive approach in patrolling an area near schools with serious problems related to youth crime and safety. On the protection of the public, it should be noted that the charge here is firearms-related, that it would be impossible to establish guilt without the evidence and that the evidence is eminently reliable.

[229] When balanced against each other, the limited impact of the violation on the protected interests and the great importance of the evidence for the purposes of the trial favour admitting the physical evidence. Furthermore, on the charge of possession of a firearm for the purposes of trafficking, I am in complete agreement with the majority.

[230] For these reasons, I reach the same conclusion as the majority.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

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

Sauf erreur de principe, la décision revient au juge des faits.

3. Application des principes aux faits de l'espèce

[228] Pour ce qui est de la question de savoir si la considération dont jouit l'administration de la justice sera favorisée par l'admission de l'arme en preuve, je souscris à la conclusion de la majorité. Je me reporte aux faits constatés par le juge de première instance : l'échange n'a duré que quelques minutes; les policiers se sont montrés polis envers M. Grant; ils étaient mus par le désir d'avoir une attitude proactive dans le contexte de la patrouille d'un quartier scolaire où sévissaient de graves problèmes de criminalité et de sécurité chez les jeunes. Pour ce qui concerne la protection du public, il est important de souligner que nous sommes en présence d'une accusation en matière d'armes à feu et que la preuve est indispensable à la démonstration de la culpabilité, en plus d'être éminemment fiable.

[229] La mise en balance de la faible incidence de la violation sur les intérêts protégés avec la grande importance de la preuve pour la tenue du procès favorise l'admission de la preuve matérielle. Par ailleurs, en ce qui a trait à l'accusation de possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic, je suis entièrement d'accord avec la majorité.

[230] Pour ces motifs, je conclus comme la majorité.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Queen's University, Kingston.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Université Queen's, Kingston.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Marilys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.

Musibau Suberu *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of British Columbia, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des avocats de la défense de Montréal and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SUBERU

Neutral citation: 2009 SCC 33.

File No.: 31912.

2008: April 15; 2009: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Investigative detention — Preliminary questioning by police to determine if individual involved in criminal act — Police informing individual of right to counsel upon arrest — Whether individual detained from outset of interaction with police — Whether police must immediately inform individual of right to counsel as soon as detention arises — Whether individual right to counsel violated — Meaning of "detention" and "without delay" in s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Right to counsel — Investigative detention — Whether general suspension of right to counsel during course of short investigative detentions necessary and justified under s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Musibau Suberu *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des avocats de la défense de Montréal et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SUBERU

Référence neutre : 2009 CSC 33.

N° du greffe : 31912.

2008 : 15 avril; 2009 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — Questions préliminaires posées par un policier afin de déterminer si un individu avait participé à une infraction criminelle — Policier ayant informé l'individu de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation — L'individu a-t-il été mis en détention dès le début de son interaction avec la police? — Les policiers doivent-ils informer immédiatement un individu de son droit à l'assistance d'un avocat, dès la mise en détention? — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? — Sens des mots « détention » et « sans délai » figurant à l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prescrites par une règle de droit — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — La suspension générale du droit à l'assistance d'un avocat pendant une courte détention aux fins d'enquête est-elle nécessaire et justifiée au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Constable R responded to a call about a person attempting to use a stolen credit card at a store. He was advised that there were two male suspects. R entered the store and saw a police officer talking to an employee and a male customer. S walked past R and said "He did this, not me, so I guess I can go." R followed S outside and said "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere", while S was getting into the driver's seat of a minivan. After a brief exchange, R received further information by radio, including the description and licence plate number of the van driven by the men who had used a stolen credit card at another store earlier that day. The description and the licence plate number both matched that of the van in which S was sitting. R also saw shopping bags between and behind the front seats. At this point, R decided that he had reasonable and probable grounds to arrest S for fraud. He advised S of the reason for his arrest and cautioned him as to his right to counsel. S brought an application under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* seeking the exclusion of any statements made by him and of the physical evidence seized at the time of his arrest, on the ground that this evidence had been obtained in a manner that infringed his s. 10(*b*) right to counsel. S did not testify on the application but argued that he was detained as soon as he was told to "wait" and was engaged in questioning by R. He also argued that R's failure to inform him of his s. 10(*b*) right to counsel at that point in time constituted a *Charter* breach. The trial judge dismissed the application. S was ultimately convicted at trial on several counts. Both the summary conviction appeal court and the Court of Appeal upheld the convictions and the trial judge's ruling that S's right to counsel was not violated.

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

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: The police duty to inform an individual of his or her s. 10(*b*) *Charter* right to retain and instruct counsel is triggered at the outset of an investigative detention. The concerns regarding compelled self-incrimination and the interference with liberty that s. 10(*b*) seeks to address are present as soon as a detention is effected. Therefore, from the moment an individual is detained, the police have the obligation to inform the detainee of his or her right to counsel. The

L'agent R a répondu à un appel au sujet d'une personne qui tentait d'utiliser une carte de crédit volée dans un magasin. Il a été informé de la présence de deux suspects. R est entré dans le magasin et a vu un policier en train de parler à un employé et à un client de sexe masculin. S a croisé R et lui a dit : « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. » R a suivi S à l'extérieur et lui a dit : « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », pendant que S s'installait derrière le volant d'une fourgonnette. Après une brève conversation, R a reçu des renseignements supplémentaires par radio, notamment la description et le numéro de la plaque d'immatriculation de la fourgonnette conduite par les hommes qui avaient utilisé une carte de crédit volée dans un autre magasin plus tôt ce jour-là. La description et le numéro de la plaque correspondaient à ceux de la fourgonnette dans laquelle S était assis. R a aussi vu des sacs provenant de magasins entre les sièges avant et derrière ceux-ci. À ce moment-là, R a estimé qu'il avait des motifs raisonnables d'arrêter S pour fraude. Il a informé S de la raison de son arrestation et de son droit à l'assistance d'un avocat. S s'est prévalu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour demander l'exclusion de toutes ses déclarations et des éléments de preuve matérielle saisis au moment de son arrestation, parce que ces éléments de preuve auraient été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*). S n'a pas témoigné à l'appui de sa demande, mais il a soutenu avoir été mis en détention dès que R lui a dit « attendez » et lui a posé des questions. Il a aussi allégué que l'omission de R de l'informer dès ce moment de son droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'al. 10*b*) contrevenait à la *Charte*. Le juge de première instance a rejeté la demande. S a finalement été reconnu coupable de plusieurs chefs d'accusation. La cour d'appel des poursuites sommaires et la Cour d'appel ont confirmé les déclarations de culpabilité et la décision du juge de première instance selon laquelle le droit de S à l'assistance d'un avocat n'avait pas été violé.

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

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron : L'obligation des policiers d'informer une personne de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte* s'applique dès le début d'une détention aux fins d'enquête. Les problèmes de l'auto-incrimination et de l'entrave à la liberté auxquels cherche à répondre l'al. 10*b*) se posent dès qu'il y a détention. Par conséquent, à partir du moment où une personne est détenue, les policiers sont tenus d'informer cette personne de son droit à

phrase "without delay" in s. 10(*b*) must be interpreted as "immediately". The immediacy of this obligation is only subject to concerns for officer or public safety, or to reasonable limitations that are prescribed by law and justified under s. 1 of the *Charter*. [2] [41]

Not every interaction with the police, however, will amount to a detention for the purposes of the *Charter*, even when a person is under investigation for criminal activity, is asked questions, or is physically delayed by contact with the police. Section 9 of the *Charter* does not dictate that police abstain from interacting with members of the public until they have specific grounds to connect the individual to the commission of a crime. Likewise, not every police encounter, even with a suspect, will trigger an individual's right to counsel under s. 10(*b*). According to the purposive approach adopted in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. The onus is on the applicant to show that, in the circumstances, he or she was effectively deprived of his or her liberty of choice. The test is an objective one and the failure of the applicant to testify as to his or her perceptions of the encounter is not fatal to the application. However, the applicant's contention that the police by their conduct effected a significant deprivation of his or her liberty must find support in the evidence. The line between general questioning and focussed interrogation amounting to detention may be difficult to draw in particular cases. It is the task of the trial judge on a *Charter* application to assess the circumstances and determine whether the line between general questioning and detention has been crossed. [3] [23] [25] [28-29]

In the present case, while S was momentarily "delayed" when the police asked to speak to him, he was not subjected to physical or psychological restraint so as to ground a detention within the meaning of the *Charter*. S did not testify and the evidence does not support his contention that his freedom to choose whether or not to cooperate with the police was removed during the period of time prior to his arrest. The trial judge's findings on the facts, supported by the evidence, lead to

l'assistance d'un avocat. L'expression « sans délai » figurant à l'al. 10*b*) doit être interprétée comme signifiant « immédiatement ». Seules des raisons liées à la sécurité des policiers ou du public ou des restrictions raisonnables prescrites par une règle de droit et justifiées au sens de l'article premier de la *Charte* peuvent atténuer le caractère immédiat de cette obligation. [2] [41]

Tout contact avec les policiers ne constitue pas pour autant une détention pour l'application de la *Charte*, même lorsqu'une personne fait l'objet d'une enquête relativement à des activités criminelles, est interrogée ou est retenue physiquement par son contact avec les policiers. L'article 9 de la *Charte* n'empêche pas les policiers d'interagir avec un citoyen avant d'avoir des motifs précis de l'associer à la perpétration d'un crime. De même, tout contact entre un policier et un citoyen, même suspect, ne déclenche pas nécessairement l'application du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*). Selon l'approche téléologique adoptée dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la détention, pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*, s'entend de la suspension du droit à la liberté par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique soit quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à la demande contraignante ou à la sommation, soit quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer. C'est au plaignant de démontrer que, dans les circonstances, on l'a effectivement privé de sa liberté de choix. Le critère applicable est objectif et l'abstention du plaignant de témoigner sur sa propre perception de son contact avec les policiers ne porte pas un coup fatal à la demande. En revanche, la prétention du plaignant que le comportement des policiers l'a véritablement privé de sa liberté doit être étayée par la preuve. Il peut s'avérer difficile, dans certains cas, de tracer la ligne entre des questions d'ordre général et des questions ciblées correspondant à une détention. Il appartient au juge de première instance saisi d'une demande fondée sur la *Charte* d'apprécier les circonstances et de déterminer si la ligne de démarcation entre des questions d'ordre général et la détention a été franchie. [3] [23] [25] [28-29]

En l'espèce, bien que S ait été momentanément « retenu » lorsque le policier a demandé à lui parler, il n'a pas subi de contrainte physique ou psychologique permettant de conclure qu'il était alors détenu pour l'application de la *Charte*. S n'a pas témoigné et la preuve n'étaye pas sa prétention qu'il aurait été privé de la liberté de choisir de coopérer ou non avec le policier avant son arrestation. Les conclusions de fait du juge de première instance, étayées par la preuve, donnent à

the view that a reasonable person in the circumstances would have concluded that the initial encounter was preliminary investigative questioning falling short of detention. Thus, S's s. 10(*b*) right to counsel was not engaged during this period. It was only later, after the officer received additional information indicating that S was probably involved in the commission of an offence and determined that he could not let him leave, that the detention crystallized and S's rights under s. 10 were engaged — a moment which, on the facts of this case, coincided with his arrest. Upon arresting S, the police officer promptly and properly informed him of his right to counsel and, therefore, there was no violation of s. 10(*b*) of the *Charter*. [7] [29]

Finally, it has not been demonstrated that a general suspension of the right to counsel during the course of short "investigatory" detentions is necessary and justified under s. 1 of the *Charter*. Because the definition of detention gives the police leeway to engage members of the public in non-coercive, exploratory questioning without necessarily triggering their *Charter* rights relating to detention, s. 1 need not be invoked in order to allow the police to fulfill their investigative duties effectively. [43] [45]

Per Binnie J. (dissenting): The trial judge and the Court of Appeal were correct to conclude on the basis of a claimant-centred approach (now reaffirmed by this Court) that S was detained. The direction by the police officer R to S to "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere", was sufficient, in the circumstances of this case, to cause a reasonable person in the position of S to conclude that he or she was not free to leave. R acknowledged that if S had ignored the direction not to leave the parking lot at the crime scene, R would have pursued him in the patrol car and stopped S's van in the street. S correctly perceived that the officer was giving him no choice but to comply. [50] [52] [56]

It is evident from the opening words of S to the policeman ("He did this, not me, so I guess I can go.") that S knew clearly enough why the police had suddenly arrived at the crime scene. There was nothing preliminary or ambiguous about R's directive. R was replying to S, who had essentially said, "Can I leave?", by essentially saying, "No." It was clear to S that he was not free to go anywhere and any reasonable person

croire qu'une personne raisonnable aurait conclu, dans les circonstances, que son contact initial avec les policiers consistait en des questions préliminaires aux fins d'enquête qui ne suffisaient pas pour qu'il y ait détention. Par conséquent, S ne bénéficiait pas du droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) durant cette période. C'est seulement plus tard, après que le policier a reçu des renseignements supplémentaires indiquant que S avait probablement participé à une infraction et qu'il a jugé qu'il ne pouvait pas le laisser partir, que la détention est survenue et que les droits garantis à S par l'art. 10 sont entrés en jeu — selon les faits, ce moment a coïncidé avec son arrestation. Après avoir arrêté S, le policier l'a informé correctement et dans les plus brefs délais de son droit à l'assistance d'un avocat. Aucune violation du droit garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte* n'a donc été commise. [7] [29]

Enfin, il n'a pas été établi qu'une suspension générale du droit à l'assistance d'un avocat pendant une courte détention « aux fins d'enquête » est nécessaire et justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Comme la définition de la détention accorde aux policiers une marge de manœuvre qui leur permet de poser des questions exploratoires aux citoyens, de manière non coercitive, sans nécessairement déclencher l'application des droits garantis par la *Charte* en cas de détention, il n'est pas nécessaire de recourir à l'article premier pour leur permettre de s'acquitter efficacement de leurs obligations en matière d'enquête. [43] [45]

Le juge Binnie (dissident) : Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu à bon droit, selon une approche centrée sur le plaignant (réaffirmée aujourd'hui par la Cour), que S était détenu. L'ordre donné à S par le policier R — « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez » —, était suffisant dans les circonstances pour inciter une personne raisonnable se trouvant dans la situation de S à conclure qu'elle n'était pas libre de partir. R a reconnu que, si S n'avait pas obtempéré à l'ordre de ne pas quitter le stationnement sur la scène du crime, R l'aurait poursuivi dans sa voiture de police et l'aurait forcé à immobiliser sa fourgonnette sur la voie publique. S a eu l'impression, à juste titre, que l'agent ne lui donnait d'autre choix que d'obtempérer. [50] [52] [56]

Il ressort manifestement des paroles avec lesquelles S a amorcé sa conversation avec R (« C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. ») que S savait assez clairement pourquoi les policiers sont arrivés soudainement sur la scène du crime. L'ordre de R n'avait rien de préliminaire ni d'ambigu. R répondait essentiellement « Non » à S qui, essentiellement, lui avait demandé « Est-ce que je peux partir? » Il était

in that position would have come to the same conclusion. At that point there was, within the meaning of the test in *Grant*, a detention, which was unsupported by any grounds of reasonable suspicion, and was therefore arbitrary. [53] [56] [58]

This is one of the cases where taking into account the police perspective might have strengthened the Crown's case. Despite R's insistence that S not leave the scene, the trial judge accepted that as viewed by R the investigation was in an exploratory stage. S was a person of interest who had to be stopped, but he was not yet a suspect triggering a legitimate need for S to retain and instruct counsel. The police perspective, despite the peremptory nature of R's order and despite S's ignorance of what the police knew and when they knew it, would, on the modified test I suggest in *Grant*, mitigate against the finding of detention. [59-61]

In a different case where the words of detention are milder or more ambiguous but the police believed they had found the perpetrator and were seeking self-incriminatory statements, an analysis which took into account the police's perspective would tend to operate in favour of the accused. Whether the outcome favours the defence or the Crown, the police perspective and the knowledge they possess or acquire as the encounter proceeds would help fill out the analysis of whether the liberty interest of the person stopped was truly engaged. [61]

Pursuant to the approach to s. 24(2) of the *Charter* set out by the majority in *Grant*, the incriminatory statements by S prior to the constable reading him his s. 10(*b*) rights should be excluded, the appeal allowed and a new trial ordered. [51]

Per Fish J. (dissenting): The test for detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* set out by the majority in *Grant* is agreed with. Applying that test here, S was detained when he made his incriminating statement to R. Upon detention, S was not given his rights under s. 10 of the *Charter*. Pursuant to the s. 24(2) analytical framework established by *Grant*, S's statement should have been excluded at trial. Without that statement, his conviction cannot stand and, in view of the remaining evidence, a new trial should be ordered. [65-67]

évident pour S qu'il ne pouvait pas s'en aller et n'importe quelle personne raisonnable se trouvant dans sa situation serait parvenue à la même conclusion. À ce moment-là, selon le test formulé dans *Grant*, il y avait détention, et cette détention, non étayée par des soupçons raisonnables, était arbitraire. [53] [56] [58]

Il s'agit d'un cas où la prise en compte du point de vue de la police aurait pu renforcer la position du ministère public. Bien que R ait insisté pour que S reste sur place, le juge de première instance a conclu que, selon R, l'enquête n'avait pas dépassé le stade exploratoire. S était une personne d'intérêt qui devait être interceptée, mais il n'était pas encore un suspect, ce qui aurait fait que S aurait eu besoin de consulter un avocat. Selon la méthode d'analyse modifiée que j'ai exposée dans *Grant*, le point de vue du policier aurait pu mitiger la conclusion selon laquelle il y avait détention, malgré la nature péremptoire de l'ordre donné par R et le fait que S ignorait ce que savaient les policiers et à quel moment ils l'avaient appris. [59-61]

Dans une situation différente, où les paroles de mise en détention seraient moins fortes et plus ambiguës, mais les policiers croiraient tenir le contrevenant et tenteraient d'obtenir des déclarations incriminantes, une méthode d'analyse qui tient compte du point de vue de la police tendrait à jouer en faveur de l'accusé. Que le résultat soit favorable à la défense ou à la poursuite, le but poursuivi par les policiers et les renseignements qu'ils possèdent ou qu'ils obtiennent au cours du contact devraient aider à déterminer si le droit à la liberté de la personne interceptée était réellement en jeu. [61]

Suivant le raisonnement adopté par les juges majoritaires dans *Grant* pour l'application du par. 24(2), il y a lieu d'exclure les déclarations incriminantes faites par S avant que l'agent lui fasse lecture de ses droits garantis par l'al. 10*b*), d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [51]

Le juge Fish (dissident) : Il y a accord avec le test servant à déterminer s'il y a détention pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte* formulé par les juges majoritaires dans *Grant*. Selon ce test, S était détenu au moment où il a fait sa déclaration incriminante à R. Au moment de la mise en détention de S, les droits que lui garantit l'art. 10 de la *Charte* n'ont pas été respectés. Selon la grille d'analyse établie dans *Grant* pour l'application du par. 24(2), la déclaration de S aurait dû être exclue au procès. Sans cette déclaration, sa condamnation ne peut être maintenue et, compte tenu du reste de la preuve, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. [65-67]

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Charron J.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3.

By Binnie J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Laskin and Armstrong JJ.A.), 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, 218 C.C.C. (3d) 27, 151 C.R.R. (2d) 135, 45 C.R. (6th) 47, 220 O.A.C. 322, [2007] O.J. No. 317 (QL), 2007 CarswellOnt 430, affirming a decision of McIsaac J. (2006), 142 C.R.R. (2d) 75, [2006] O.J. No. 1958 (QL), 2006 CarswellOnt 3005, upholding the accused's conviction. Appeal dismissed, Binnie and Fish JJ. dissenting.

P. Andras Schreck, for the appellant.

Andrew Cappell and *Rosella Cornaviera*, for the respondent.

Croft Michaelson and *Kevin Wilson*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten and *Lesley Ruzicka*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Frank Addario and *Colleen Bauman*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Alexandre Boucher and *Emily K. Moreau*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Charron

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Binnie (dissident)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Laskin et Armstrong), 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, 218 C.C.C. (3d) 27, 151 C.R.R. (2d) 135, 45 C.R. (6th) 47, 220 O.A.C. 322, [2007] O.J. No. 317 (QL), 2007 CarswellOnt 430, qui a confirmé une décision du juge McIsaac (2006), 142 C.R.R. (2d) 75, [2006] O.J. No. 1958 (QL), 2006 CarswellOnt 3005, qui avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

P. Andras Schreck, pour l'appelant.

Andrew Cappell et *Rosella Cornaviera*, pour l'intimée.

Croft Michaelson et *Kevin Wilson*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten et *Lesley Ruzicka*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Frank Addario et *Colleen Bauman*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Alexandre Boucher et *Emily K. Moreau*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

Christopher A. Wayland and *Alexi N. Wood*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

1. Overview

[1] The facts in this appeal and in the companion case *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, again give rise to the difficult task of defining the constitutional line where police actions, in the context of dynamic encounters with members of the public, amount to a detention and effectively trigger the protections afforded to detainees under ss. 9 and 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In turn, defining what constitutes a detention for *Charter* purposes requires courts to balance individual constitutional rights against the public interest in effective law enforcement.

[2] The specific issue raised in this case is whether the police duty to inform an individual of his or her s. 10(*b*) *Charter* right to retain and instruct counsel is triggered at the outset of an investigative detention — a question left open in *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 22. It is our view that this question must be answered in the affirmative. The concerns regarding compelled self-incrimination and the interference with liberty that s. 10(*b*) seeks to address are present as soon as a detention is effected. Therefore, from the moment an individual is detained, s. 10(*b*) is engaged and, as the words of the provision dictate, the police have the obligation to inform the detainee of his or her right to counsel "without delay". The immediacy of this obligation is only subject to concerns for officer or public safety, or to reasonable limitations that are prescribed by law and justified under s. 1 of the *Charter*.

Christopher A. Wayland et *Alexi N. Wood*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Les faits à l'origine du pourvoi et de l'affaire connexe *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, soulèvent de nouveau la question épineuse de savoir où se situe la ligne de démarcation constitutionnelle au-delà de laquelle un contact direct entre des policiers et des citoyens devient une détention et déclenche l'application des protections accordées aux détenus par les art. 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, lorsqu'ils déterminent ce qui constitue une détention pour l'application de la *Charte*, les tribunaux doivent mettre en balance les droits constitutionnels individuels et l'intérêt du public dans l'application efficace de la loi.

[2] La question précise que soulève le pourvoi est de savoir si l'obligation des policiers d'informer une personne de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte* s'applique dès le début d'une détention aux fins d'enquête — question qui est restée sans réponse dans *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 22. Nous sommes d'avis qu'il faut y répondre par l'affirmative. Les problèmes de l'auto-incrimination et de l'entrave à la liberté auxquels cherche à répondre l'al. 10*b*) se posent dès qu'il y a détention. Par conséquent, à partir du moment où une personne est détenue, l'al. 10*b*) s'applique et, comme le prescrit cette disposition, les policiers sont tenus d'informer cette personne « sans délai » de son droit à l'assistance d'un avocat. Seules des raisons liées à la sécurité des policiers ou du public ou des restrictions raisonnables prescrites par une règle de droit et justifiées au sens de l'article premier de la *Charte* peuvent atténuer le caractère immédiat de cette obligation.

[3] However, as this Court held in *Mann*, not every interaction between the police and members of the public, even for investigative purposes, constitutes a detention within the meaning of the *Charter*. Section 9 of the *Charter* does not dictate that police abstain from interacting with members of the public until they have specific grounds to connect the individual to the commission of a crime. Likewise, not every police encounter, even with a suspect, will trigger an individual's right to counsel under s. 10(*b*). As Iacobucci J. aptly observed, "[t]he person who is stopped will in all cases be 'detained' in the sense of 'delayed', or 'kept waiting'. But the constitutional rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint" (para. 19).

[4] As we explain in *Grant*, it is clear that an individual may be detained within the meaning of the *Charter* without being subject to actual physical restraint. Where the subject is legally required to comply with a demand or direction that interferes with his or her liberty, detention is usually easily made out. Where there is no legal obligation to comply but a reasonable person in the subject's position would conclude that he or she had been deprived of the liberty of choice, a detention is also established.

[5] Even when an encounter clearly results in a detention, for example when the person is ultimately arrested and taken in police custody, it cannot simply be assumed that there was a detention from the beginning of the interaction. Given the immediacy of the s. 10(*b*) obligation to inform a detainee of his or her right to counsel, it is important to determine if and when an encounter between the police and an individual effectively crystallizes in a detention. It will depend on the circumstances. It is for the trial judge, applying the proper legal principles to the particular facts of the case, to determine whether the line has been crossed.

[3] Toutefois, comme la Cour l'a affirmé dans *Mann*, tout contact entre un policier et un citoyen, même à des fins d'enquête, ne constitue pas nécessairement une détention pour l'application de la *Charte*. L'article 9 de la *Charte* n'empêche pas les policiers d'interagir avec un citoyen avant d'avoir des motifs précis de l'associer à la perpétration d'un crime. De même, tout contact entre un policier et un citoyen, même suspect, ne déclenche pas nécessairement l'application du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*). Comme le juge Iacobucci l'a souligné avec justesse, « [l]a personne interceptée est dans tous les cas "détenue" en ce sens qu'elle est "retenue" ou "retardée". Cependant, les droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n'entrent pas en jeu lorsque le retard n'implique pas l'application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables » (par. 19).

[4] Comme nous l'expliquons dans *Grant*, il est clair qu'une personne peut être détenue pour l'application de la *Charte*, même si elle ne subit aucune contrainte physique. Lorsqu'une personne est légalement tenue d'obtempérer à une sommation ou à une directive qui entrave sa liberté, il est habituellement facile d'établir la détention. De plus, une personne sera considérée comme détenue, malgré l'absence d'obligation légale, lorsqu'une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle ne peut plus exercer sa liberté de choix.

[5] Même lorsqu'un contact avec les policiers mène manifestement à la détention, par exemple lorsqu'une personne est finalement arrêtée et placée sous la garde des policiers, on ne saurait simplement tenir pour acquis que cette personne est détenue depuis le tout début de son interaction avec les policiers. Compte tenu du caractère immédiat de l'obligation d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat prévue à l'al. 10*b*), il est important de déterminer si un simple contact avec les policiers s'est transformé de fait en détention et, le cas échéant, à quel moment cela s'est produit. Tout dépendra des circonstances. C'est au juge de première instance qu'il appartient de déterminer si cette ligne a été franchie, en appliquant correctement les principes juridiques aux faits particuliers en cause.

[6] In the case at hand, the trial judge held that the initial part of the encounter was merely preliminary or exploratory and that it only became incumbent upon the police officer to inform Mr. Suberu of his right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter* a few minutes into the encounter when the officer determined that Mr. Suberu was in fact involved in the incident under investigation and that he could not let him go. This moment coincided with Mr. Suberu's arrest, at which time the officer promptly informed him of his right to counsel. The trial judge therefore concluded that there had been no infringement of Mr. Suberu's constitutional rights and he dismissed the *Charter* application. The Court of Appeal upheld this ruling.

[7] We see no basis to interfere with the trial judge's conclusion that Mr. Suberu's constitutional rights were not infringed. While Mr. Suberu was momentarily "delayed" when the police asked to speak to him, he was not subjected to physical or psychological restraint so as to ground a detention within the meaning of the *Charter*. Mr. Suberu did not testify and, unlike the facts in *Grant*, the evidence does not support his contention that his freedom to choose whether or not to cooperate with the police was removed during the period of time prior to his arrest. Thus, his s. 10(*b*) right to counsel was not engaged during this period. It was only later, after the officer received additional information indicating that Mr. Suberu was probably involved in the commission of an offence and determined that he could not let him leave, that the detention crystallized and Mr. Suberu's rights under s. 10 were engaged — a moment which, on the facts of this case, coincided with his arrest. Upon arresting Mr. Suberu, the police officer promptly and properly informed him of his right to counsel. There was no violation of the appellant's right under s. 10(*b*) of the *Charter*, and therefore the appeal is dismissed.

[6] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que le contact avec le policier n'était initialement que de nature préliminaire ou exploratoire et que le policier n'est devenu tenu d'informer M. Suberu de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte* que quelques minutes après l'avoir abordé, lorsqu'il a constaté que M. Suberu était bel et bien mêlé à l'incident visé par l'enquête et qu'il ne pouvait le laisser partir. Ce moment coïncide avec l'arrestation de M. Suberu, lors de laquelle le policier l'a informé dans les plus brefs délais de son droit à l'assistance d'un avocat. Par conséquent, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas été porté atteinte aux droits constitutionnels de M. Suberu et il a rejeté sa demande fondée sur la *Charte*. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

[7] Nous ne voyons aucune raison d'infirmer la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'a pas été porté atteinte aux droits constitutionnels de M. Suberu. Bien que M. Suberu ait été momentanément « retenu » lorsque le policier a demandé à lui parler, il n'a pas subi de contrainte physique ou psychologique qui permettrait de considérer qu'il était alors détenu pour l'application de la *Charte*. Monsieur Suberu n'a pas témoigné et, contrairement à ce que révèlent les faits dans l'affaire *Grant*, la preuve n'étaye pas sa prétention qu'il aurait été privé de la liberté de choisir de coopérer ou non avec le policier avant son arrestation. Par conséquent, il ne bénéficiait pas du droit à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*) durant cette période. C'est seulement plus tard, après que le policier a reçu des renseignements supplémentaires indiquant que M. Suberu avait probablement participé à la perpétration d'une infraction et qu'il a jugé qu'il ne pouvait pas le laisser partir, que la détention est survenue et que les droits garantis à M. Suberu par l'art. 10 sont entrés en jeu — selon les faits de l'espèce, ce moment a coïncidé avec son arrestation. Après avoir arrêté M. Suberu, le policier l'a informé correctement et dans les plus brefs délais de son droit à l'assistance d'un avocat. Aucune violation du droit garanti à l'appelant par l'al. 10*b*) de la *Charte* n'a été commise et, par conséquent, le pourvoi est rejeté.

2. The Factual Context

[8] It was the Crown's theory on the *Charter* application that on June 13, 2003 Mr. Suberu and an associate, William Erhirhie, made a one-day shopping trip east of Toronto in order to buy merchandise, pre-paid shopping cards, and gift certificates with a stolen credit card. They bought these items in Wal-Marts and LCBO liquor stores in a number of towns along Lake Ontario. The staff at the LCBO store in Cobourg, Ontario, were on the lookout for the pair, having been alerted by the staff of the LCBO store in a nearby town where the pair had bought $100 gift certificates with the stolen card. When Erhirhie tried to buy a $3 bottle of beer with a $100 gift certificate at the Cobourg LCBO, an employee stalled him while another employee called the police.

[9] Unaware of these details, Constable Roughley responded to a call about a male person attempting to use a stolen credit card at the Cobourg LCBO. Before Constable Roughley entered the store, an officer who was already inside advised him by radio that there were two male suspects in the store. Constable Roughley entered the store and saw that officer at a cash register talking to a store employee and one male customer (Erhirhie). Mr. Suberu walked past Constable Roughley and said words to the effect of "[h]e did this, not me, so I guess I can go." Constable Roughley followed Mr. Suberu outside and said "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere", while Mr. Suberu was getting into the driver's seat of a minivan.

[10] Mr. Suberu was seated in the driver's seat of the van but turned outwards, facing Constable Roughley, throughout the following brief exchange:

Q. Who's the guy inside you were with?

A. A friend.

2. Le contexte factuel

[8] À l'audition de la demande fondée sur la *Charte*, le ministère public a soutenu que, le 13 juin 2003, M. Suberu et un complice, William Erhirhie, ont fait un voyage d'une journée à l'est de Toronto dans le but d'acheter des marchandises, des cartes prépayées et des chèques-cadeaux avec une carte de crédit volée. Ils ont fait ces achats dans des magasins Wal-Mart et à la Régie des alcools de l'Ontario (« LCBO ») dans différentes villes le long du Lac Ontario. Alerté par les employés de la LCBO d'une ville voisine, où les deux hommes avaient acheté des chèques-cadeaux de 100 $ avec la carte volée, le personnel de la LCBO à Cobourg, en Ontario, était aux aguets. Lorsque M. Erhirhie a essayé d'acheter une bouteille de bière à 3 $ avec un chèque-cadeau de 100 $ à Cobourg, un employé l'a retenu pendant qu'un autre appelait la police.

[9] Ignorant ces détails, l'agent Roughley a répondu à un appel au sujet d'une personne de sexe masculin qui tentait d'utiliser une carte de crédit volée à la LCBO à Cobourg. Avant que l'agent Roughley entre dans le magasin, un policier qui était déjà à l'intérieur l'a informé par radio que deux suspects de sexe masculin se trouvaient dans le magasin. L'agent Roughley est entré dans le magasin et a vu le policier près de la caisse enregistreuse en train de parler à un employé du magasin et à un client de sexe masculin (M. Erhirhie). Monsieur Suberu a croisé l'agent Roughley et lui a dit : [TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. » L'agent Roughley a suivi M. Suberu à l'extérieur et lui a dit : [TRADUCTION] « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », pendant que ce dernier entrait dans une fourgonnette pour prendre place derrière le volant.

[10] Monsieur Suberu était assis sur le siège du conducteur, mais il était tourné vers l'extérieur, face à l'agent Roughley, tout au long de la brève conversation qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Qui est le gars avec qui vous étiez à l'intérieur?

R. Un ami.

Q. What is your friend's name?

A. Willy.

Q. Where are you from?

A. Toronto.

Q. How did you come to be in Cobourg today?

A. Willy asked me to drive him.

Q. From Toronto to Cobourg?

A. Yes.

Q. Who's [*sic*] van is this?

A. My girlfriend's.

Q. Who is your girlfriend?

A. Yvonne.

[11] Constable Roughley then received further information by radio, including the description and licence plate number of the van driven by the men who had used a stolen credit card to buy gift certificates at another LCBO store earlier that day. The description and the licence plate number both matched that of the van in which Mr. Suberu was sitting. Constable Roughley asked for Mr. Suberu's ID and for the vehicle ownership documents. While Mr. Suberu retrieved the ownership documents, Constable Roughley looked into the van and saw Wal-Mart and LCBO shopping bags between and behind the front seats.

[12] At this point, Constable Roughley decided that he had reasonable and probable grounds to arrest Mr. Suberu for fraud. Upon arresting Mr. Suberu, he advised him of the reason for doing so. Mr. Suberu made further statements before he was cautioned as to his right to counsel, interrupting Constable Roughley by protesting his innocence, saying that it was his friend, not him, and asking "if he says it was just him can I go?" Constable Roughley was drawn into a short, explanatory exchange, but soon instructed Mr. Suberu to "just listen" to the caution regarding his *Charter* rights

Q. Quel est le nom de votre ami?

R. Willy.

Q. D'où venez-vous?

R. Toronto.

Q. Comment se fait-il que vous soyez à Cobourg aujourd'hui?

R. Willy m'a demandé de le conduire.

Q. De Toronto à Cobourg?

R. Oui.

Q. À qui appartient cette fourgonnette?

R. À ma copine.

Q. Qui est votre copine?

R. Yvonne.

[11] L'agent Roughley a ensuite reçu des renseignements supplémentaires par radio, notamment la description et le numéro de la plaque d'immatriculation de la fourgonnette que conduisait l'homme qui avait utilisé une carte de crédit volée pour acheter des chèques-cadeaux dans un autre magasin de la LCBO plus tôt cette journée-là. La description et le numéro de la plaque correspondaient à ceux de la fourgonnette dans laquelle M. Suberu était assis. L'agent Roughley a demandé à M. Suberu une pièce d'identité et le titre de propriété du véhicule. Pendant que M. Suberu récupérait ces documents, l'agent Roughley a regardé dans la fourgonnette et a vu des sacs provenant de magasins Wal-Mart et de la LCBO entre les sièges avant et derrière ceux-ci.

[12] À ce moment-là, l'agent Roughley a estimé qu'il avait des motifs raisonnables d'arrêter M. Suberu pour fraude. Lorsqu'il a arrêté M. Suberu, l'agent Roughley lui a expliqué la raison de son arrestation. Monsieur Suberu a fait des déclarations avant d'être informé de son droit à l'assistance d'un avocat, interrompant l'agent Roughley pour protester de son innocence, affirmant que c'était son ami, et non pas lui, qui avait commis l'infraction, et lui demandant [TRADUCTION] « s'il dit que c'était juste lui, est-ce que je peux partir? » L'agent Roughley a eu une brève conversation avec

and in particular his right to counsel. The timing of the caution given to Mr. Suberu upon arrest presents no legal issue on this appeal; the issue is whether Constable Roughley was obliged to caution Mr. Suberu of a right to counsel at the outset of their interaction.

M. Suberu, mais lui a rapidement donné l'ordre de se « contenter d'écouter » la mise en garde concernant ses droits garantis par la *Charte* et en particulier son droit à l'assistance d'un avocat. Le moment auquel M. Suberu a reçu sa mise en garde lors de son arrestation ne soulève aucune question de droit dans le pourvoi; la question que la Cour doit trancher est plutôt celle de savoir si l'agent Roughley était tenu d'informer M. Suberu de son droit à l'assistance d'un avocat dès le début de leur interaction.

3. The Proceedings Below

[13] Mr. Suberu brought an application under s. 24(2) of the *Charter* seeking the exclusion of any statements made by him and of the physical evidence seized at the time of his arrest, on the ground that this evidence had been obtained in a manner that infringed his s. 10(*b*) right to counsel. Mr. Suberu did not testify on the application but argued that he was detained as soon as he was told to "wait" and was engaged in questioning by the police officer. It was his position that the officer's failure to inform him of his right to retain and instruct counsel at that point in time constituted a violation of s. 10(*b*) of the *Charter*. The trial judge held that "there was, as was entirely necessary, a momentary investigative detention" as contended, but that the officer was not bound to inform Mr. Suberu of his right to counsel before he asked preliminary or exploratory questions "to determine if there was any involvement by this person before him". Once he concluded there was some involvement, the officer was required to inform Mr. Suberu of his s. 10(*b*) *Charter* right, which he did. The application was therefore dismissed.

3. Les décisions des juridictions inférieures

[13] Monsieur Suberu s'est prévalu du par. 24(2) de la *Charte* pour demander l'exclusion de toutes les déclarations qu'il a pu faire et des éléments de preuve matérielle saisis au moment de son arrestation, parce que ces éléments de preuve auraient été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*). Monsieur Suberu n'a pas témoigné à l'appui de sa demande, mais il a soutenu avoir été mis en détention dès que le policier lui a dit « attendez » et lui a posé des questions. Selon lui, l'omission du policier de l'informer dès ce moment de son droit à l'assistance d'un avocat contrevenait à l'al. 10*b*) de la *Charte*. Le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] « qu'il y a eu, comme cela était absolument nécessaire, détention momentanée aux fins d'enquête », mais que le policier n'était pas tenu d'informer M. Suberu de son droit à l'assistance d'un avocat avant de lui poser des questions préliminaires ou exploratoires [TRADUCTION] « visant à déterminer si la personne qu'il avait devant lui était mêlée à l'affaire d'une façon quelconque ». Après avoir conclu que M. Suberu y était effectivement mêlé, le policier avait l'obligation de l'informer de son droit garanti par l'al. 10*b*) de la *Charte*, et il l'a fait. Par conséquent, la demande a été rejetée.

[14] Mr. Suberu was ultimately convicted at trial on three counts: possession of property obtained by crime; possession of a stolen credit card; and possession of a stolen debit card. He received sentences totaling 90 days' imprisonment, followed by probation for one year.

[14] Au procès, M. Suberu a finalement été reconnu coupable de trois chefs d'accusation : possession de biens criminellement obtenus, possession d'une carte de crédit volée et possession d'une carte de débit volée. Il a été condamné à une peine totale de 90 jours d'emprisonnement, suivis d'une probation d'un an.

[15] Mr. Suberu appealed his convictions solely on the ground that the trial judge erred in dismissing his *Charter* application.

[16] The summary conviction appeal court upheld the trial judge's ruling on a more categorical basis, finding that s. 10(*b*) is simply not engaged by investigative detentions: (2006), 142 C.R.R. (2d) 75. On further appeal, the Court of Appeal for Ontario rejected the proposition that investigative detentions do not trigger the s. 10(*b*) right to counsel: 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127. The court nonetheless upheld the trial judge's ruling. While Mr. Suberu was detained at the outset of his engagement by the officer, the court found that the words "without delay" in the s. 10(*b*) guarantee allow for a brief interlude between the beginning of an investigative detention and the advising of the detained person of his right to counsel, during which the police officer may ask exploratory questions in order to determine whether more than a brief detention of the person will be necessary. As Mr. Suberu was informed of his right "without delay" within the meaning of s. 10(*b*), the court concluded that there was no s. 10(*b*) infringement.

[17] Mr. Suberu appeals to this Court.

4. Analysis

4.1 *Was Mr. Suberu's Section 10(b) Right to Counsel Violated?*

[18] At issue in this appeal is whether the police violated Mr. Suberu's s. 10(*b*) right to counsel by failing to inform him promptly of that right upon detention. As we have seen, Mr. Suberu was informed of his right to retain and instruct counsel upon his arrest and there is no issue that there was full compliance with the *Charter* from that point

[15] Monsieur Suberu a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité en faisant valoir uniquement que le juge de première instance avait commis une erreur en rejetant sa demande fondée sur la *Charte*.

[16] La cour d'appel des poursuites sommaires a confirmé la décision du juge de première instance pour des motifs plus catégoriques, concluant qu'une détention aux fins d'enquête ne déclenche tout simplement pas l'application de l'al. 10*b*) : (2006), 142 C.R.R. (2d) 75. Cette décision a ensuite été portée en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a rejeté la thèse selon laquelle une détention aux fins d'enquête ne déclenche pas l'application du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) : 2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127. La cour a néanmoins confirmé la décision du juge de première instance. En effet, bien que M. Suberu ait été détenu dès le début de son contact avec le policier, la cour a conclu que les mots « sans délai » figurant à l'al. 10*b*) permettent un bref intervalle entre le début d'une détention aux fins d'enquête et le moment où la personne détenue est informée de son droit à l'assistance d'un avocat. Durant cet intervalle, le policier peut lui poser des questions exploratoires visant à déterminer s'il est nécessaire de prolonger la détention. Puisque M. Suberu a été informé de ses droits « sans délai » au sens de l'al. 10*b*), la cour a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 10*b*).

[17] Monsieur Suberu se pourvoit maintenant devant notre Cour.

4. Analyse

4.1 *A-t-il été porté atteinte au droit de M. Suberu à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b)?*

[18] La question en litige dans le pourvoi est de savoir si les policiers ont porté atteinte au droit de M. Suberu à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*), en ne l'informant pas de son droit dans les plus brefs délais après l'avoir mis en détention. Comme nous l'avons vu, M. Suberu a été informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un

forward. Mr. Suberu's s. 10(*b*) application turns, rather, on the question whether he was detained, as he alleges, sometime prior to his arrest. It therefore becomes necessary to reiterate what constitutes a detention within the meaning of the *Charter*. Before doing so, Mr. Suberu's argument, that it would be unfair to revisit the finding of detention as it was conceded in the courts below, must be briefly addressed.

[19] In our view, there is no merit to this contention. The record makes it plain that the question of whether there had been a violation of s. 10(*b*) of the *Charter* prior to Mr. Suberu's arrest was contested throughout. On the facts of this case, this question could only be answered by determining whether Constable Roughley, by his conduct during the initial part of the encounter, effectively placed Mr. Suberu in detention within the meaning of the *Charter* so as to trigger the right to counsel. The trial judge ruled that there was no need to provide Mr. Suberu with his right to counsel during the initial part of the encounter and that Constable Roughley had not failed to inform Mr. Suberu of his right to counsel at the appropriate time. This conclusion effectively determined as question of law that, for *Charter* purposes, there had been no detention before the time of arrest. The correctness of that conclusion is key to the issue on this appeal. That it requires a consideration of the facts to be resolved creates no unfairness as contended.

[20] Section 10(*b*) protects the right of a person in detention or under arrest to obtain legal counsel. It reads:

> **10.** Everyone has the right on arrest or detention
>
> . . .
>
> (*b*) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

avocat au moment de son arrestation et il ne fait aucun doute que la *Charte* a été pleinement respectée par la suite. Sa demande fondée sur l'al. 10*b*) tient plutôt à la question de savoir si, comme il le prétend, il a été mis en détention à un moment quelconque avant son arrestation. Il devient donc nécessaire de rappeler ce qui constitue une détention pour l'application de la *Charte*. Avant tout, il faut toutefois répondre brièvement à la prétention de M. Suberu selon laquelle il serait injuste de revenir sur la question de la détention, celle-ci ayant été admise devant les juridictions inférieures.

[19] À notre avis, cette prétention n'est pas fondée. Le dossier indique clairement que la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 10*b*) de la *Charte* avant l'arrestation de M. Suberu a été contestée devant toutes les juridictions. Vu les faits de l'espèce, on ne peut y répondre qu'en déterminant si, par sa conduite au début de son contact avec M. Suberu, l'agent Roughley l'a effectivement mis en détention au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte*, ce qui aurait déclenché l'application de son droit à l'assistance d'un avocat. Le juge de première instance a statué qu'il n'était pas nécessaire de permettre à M. Suberu de recourir à l'assistance d'un avocat au début de son échange avec le policier et que l'agent Roughley n'avait pas omis d'informer M. Suberu de son droit à l'assistance d'un avocat au moment opportun. Cette conclusion a en fait tranché une question de droit en établissant que, pour l'application de la *Charte*, il n'y avait pas eu détention avant le moment de l'arrestation. La justesse de cette conclusion est déterminante pour la question soulevée dans le présent pourvoi. Qu'il soit nécessaire d'examiner les faits pour y répondre ne crée aucune injustice, contrairement à ce que prétend l'appelant.

[20] L'alinéa 10*b*) protège le droit d'une personne détenue ou en état d'arrestation de consulter un avocat. Voici ce qu'il dit :

> **10.** Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :
>
> . . .
>
> *b*) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

[21] In *Grant*, we adopted a purposive approach to the definition of "detention" and held that a "detention" for the purposes of the *Charter* refers to a suspension of an individual's liberty interest by virtue of a significant physical or psychological restraint at the hands of the state. The recognition that detention can manifest in both physical and psychological form is consistent with our acceptance that police actions short of holding an individual behind bars or in handcuffs can be coercive enough to engage the rights protected by ss. 9 and 10 of the *Charter*.

[22] While a detention is clearly indicated by the existence of physical restraint or a legal obligation to comply with a police demand, a detention can also be grounded when police conduct would cause a reasonable person to conclude that he or she no longer had the freedom to choose whether or not to cooperate with the police. As discussed more fully in *Grant*, this is an objective determination, made in light of the circumstances of an encounter as a whole.

[23] However, this latter understanding of detention does not mean that every interaction with the police will amount to a detention for the purposes of the *Charter*, even when a person is under investigation for criminal activity, is asked questions, or is physically delayed by contact with the police. This Court's conclusion in *Mann* that there was an "investigative detention" does not mean that a detention is necessarily grounded the moment the police engage an individual for investigative purposes. Indeed, Iacobucci J., writing for the majority, explained as follows:

> "Detention" has been held to cover, in Canada, a broad range of encounters between police officers and members of the public. Even so, the police cannot be said to "detain", within the meaning of ss. 9 and 10 of the *Charter*, every suspect they stop for purposes of identification, or even interview. The person who is stopped will in all cases be "detained" in the sense of "delayed", or "kept waiting". But the constitutional

[21] Dans l'arrêt *Grant*, nous avons donné une définition téléologique de la « détention » et nous avons statué qu'une « détention », pour l'application de la *Charte*, s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable de la part de l'État. Reconnaître que la détention peut se manifester sous une forme physique ou psychologique est compatible avec notre opinion selon laquelle les mesures prises par les policiers peuvent être assez coercitives pour que la personne visée bénéficie de la protection offerte par les art. 9 et 10 de la *Charte*, même si elle n'est ni incarcérée ni menottée.

[22] Bien que la détention soit clairement établie par l'existence d'une contrainte physique ou d'une obligation légale d'obtempérer à une sommation des policiers, il peut également y avoir détention lorsque la conduite des policiers porterait une personne raisonnable à conclure qu'elle n'a plus la liberté de choisir de coopérer ou non avec les policiers. Comme cela est expliqué plus en détail dans *Grant*, il s'agit d'une évaluation objective, qui tient compte de l'ensemble des circonstances du contact entre les policiers et le citoyen.

[23] Toutefois, cette perception de la notion de détention ne signifie pas que tout contact avec les policiers constitue une détention pour l'application de la *Charte*, même lorsqu'une personne fait l'objet d'une enquête relativement à des activités criminelles, qu'elle est interrogée ou qu'elle est retenue physiquement par son contact avec les policiers. La conclusion de la Cour selon laquelle il y a eu « détention aux fins d'enquête » dans *Mann* ne signifie pas qu'il y a nécessairement détention dès que les policiers abordent une personne à des fins d'enquête. D'ailleurs, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, a expliqué ce qui suit :

> Au Canada, il a été jugé que le terme « détention » vise un large éventail de contacts entre les policiers et les citoyens. Malgré tout, il est impossible d'affirmer que la police « détient », au sens des art. 9 et 10 de la *Charte*, tout suspect qu'elle intercepte aux fins d'identification ou même d'interrogation. La personne interceptée est dans tous les cas « détenue » en ce sens qu'elle est « retenue » ou « retardée ». Cependant, les

rights recognized by ss. 9 and 10 of the *Charter* are not engaged by delays that involve no significant physical or psychological restraint. In this case, the trial judge concluded that the appellant was detained by the police when they searched him. We have not been urged to revisit that conclusion and, in the circumstances, I would decline to do so. [Emphasis added; at para. 19.]

[24] As explained in *Grant*, the meaning of "detention" can only be determined by adopting a purposive approach that neither overshoots nor impoverishes the protection intended by the *Charter* right in question. It necessitates striking a balance between society's interest in effective policing and the detainee's interest in robust *Charter* rights. To simply assume that a detention occurs every time a person is delayed from going on his or her way because of the police accosting him or her during the course of an investigation, without considering whether or not the interaction involved a significant deprivation of liberty would overshoot the purpose of the *Charter*.

[25] For convenience, we repeat the summary set out in *Grant*, at para. 44:

1. Detention under ss. 9 and 10 of the *Charter* refers to a suspension of the individual's liberty interest by a significant physical or psychological restraint. Psychological detention is established either where the individual has a legal obligation to comply with the restrictive request or demand, or a reasonable person would conclude by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply.

2. In cases where there is no physical restraint or legal obligation, it may not be clear whether a person has been detained. To determine whether the reasonable person in the individual's circumstances would conclude that he or she had been deprived by the state of the liberty of choice, the court may consider, *inter alia*, the following factors:

   (a) The circumstances giving rise to the encounter as they would reasonably be perceived by the individual: whether the police were providing general assistance; maintaining general order; making general inquiries regarding a particular occurrence; or, singling out the individual for focussed investigation.

droits constitutionnels reconnus par les art. 9 et 10 de la *Charte* n'entrent pas en jeu lorsque le retard n'implique pas l'application de contraintes physiques ou psychologiques appréciables. En l'espèce, le juge du procès a conclu que l'appelant avait été détenu par les policiers lorsqu'ils l'ont fouillé. On ne nous a pas demandé de réexaminer cette conclusion et, dans les circonstances, je m'abstiendrai de le faire. [Je souligne; par. 19.]

[24] Comme cela est expliqué dans *Grant*, on ne peut définir la notion de « détention » qu'en lui donnant une interprétation téléologique qui corresponde à la protection que le droit garanti par la *Charte* visait à offrir, sans en élargir ni en restreindre la portée. Il faut établir un équilibre entre l'intérêt de la société dans le maintien efficace de l'ordre et celui du détenu dans la force des droits garantis par la *Charte*. Présumer simplement qu'il y a détention chaque fois qu'une personne est retardée et ne peut poursuivre son chemin parce qu'un policier l'a abordée dans le cadre d'une enquête, peu importe que ce contact avec le policier comporte ou non une atteinte considérable à sa liberté, dépasserait l'objet visé par la *Charte*.

[25] Par souci de commodité, nous reproduisons ici le résumé figurant dans *Grant*, au par. 44 :

1. La détention visée aux art. 9 et 10 de la *Charte* s'entend de la suspension du droit à la liberté d'une personne par suite d'une contrainte physique ou psychologique considérable. Il y a détention psychologique quand l'individu est légalement tenu d'obtempérer à une demande contraignante ou à une sommation, ou quand une personne raisonnable conclurait, compte tenu de la conduite de l'État, qu'elle n'a d'autre choix que d'obtempérer.

2. En l'absence de contrainte physique ou d'obligation légale, il peut être difficile de savoir si une personne a été mise en détention ou non. Pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle a été privée par l'État de sa liberté de choix, le tribunal peut tenir compte, notamment, des facteurs suivants :

   a) Les circonstances à l'origine du contact avec les policiers telles que la personne en cause a dû raisonnablement les percevoir : les policiers fournissaient-ils une aide générale, assuraient-ils simplement le maintien de l'ordre, menaient-ils une enquête générale sur un incident particulier, ou visaient-ils précisément la personne en cause dans le cadre d'une enquête ciblée?

(b) The nature of the police conduct, including the language used; the use of physical contact; the place where the interaction occurred; the presence of others; and the duration of the encounter.

(c) The particular characteristics or circumstances of the individual where relevant, including age; physical stature; minority status; level of sophistication.

[26] Mr. Suberu was not physically restrained prior to his arrest, nor would he have been subject to legal sanction for refusing to comply with the officer's request that he "wait". Thus, the obvious markers of detention are not present and our analysis must consider whether the officer's conduct in the context of the encounter as a whole would cause a reasonable person in the same situation to conclude that he or she was not free to go and that he or she had to comply with the officer's request.

[27] To briefly recap the relevant facts, Mr. Suberu walked past Constable Roughley and said, "He did this, not me, so I guess I can go." Constable Roughley immediately followed him outside and said, "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere." Mr. Suberu was not legally obligated to comply with the officer's request. His position is that he was nonetheless detained at this point because a reasonable person in his circumstances would conclude that he had been deprived of his liberty to choose whether or not to engage in a conversation with the officer as requested.

[28] As discussed more fully in *Grant*, in a situation where the police believe a crime has recently been committed, the police may engage in preliminary questioning of bystanders without giving rise to a detention under ss. 9 and 10 of the *Charter*. Despite a police request for information or assistance, a bystander is under no legal obligation to comply. This legal proposition must inform the perspective of the reasonable person in the circumstances of the person being questioned. The onus is on the applicant to show that in the circumstances he or she was effectively deprived of his or her

b) La nature de la conduite des policiers, notamment les mots employés, le recours au contact physique, le lieu de l'interaction, la présence d'autres personnes et la durée de l'interaction.

c) Les caractéristiques ou la situation particulières de la personne, selon leur pertinence, notamment son âge, sa stature, son appartenance à une minorité ou son degré de discernement.

[26] Monsieur Suberu n'a pas subi de contrainte physique avant son arrestation et il ne s'exposait pas à une sanction d'ordre juridique en cas de refus d'obtempérer lorsque le policier lui a demandé d'attendre. Par conséquent, nous ne disposons d'aucun des indices manifestes d'une détention et nous devons déterminer si la conduite du policier dans le contexte global du contact en cause aurait porté une personne raisonnable, placée dans la même situation, à conclure qu'elle n'était pas libre de partir et qu'elle devait obtempérer à la demande du policier.

[27] Pour résumer brièvement les faits pertinents, M. Suberu a croisé l'agent Roughley et il a dit : [TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. » L'agent Roughley l'a immédiatement suivi à l'extérieur et lui a dit : [TRADUCTION] « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez. » Monsieur Suberu n'était pas tenu d'obtempérer à la demande du policier. Or, il soutient qu'il était néanmoins détenu à ce moment-là, parce qu'une personne raisonnable placée dans la même situation conclurait qu'elle n'a plus la liberté de choisir de parler ou non avec le policier comme celui-ci le lui demande.

[28] Comme cela est expliqué plus en détail dans *Grant*, lorsque les circonstances amènent les policiers à croire qu'un crime vient d'être commis, ils peuvent poser des questions préliminaires aux passants sans qu'il y ait pour autant détention pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte*. Même si un policier demande des renseignements ou de l'aide à un passant, celui-ci n'est pas tenu en droit d'obtempérer. Il faut tenir compte de ce principe juridique lorsqu'on adopte la perspective de la personne raisonnable placée dans la même situation que la personne interrogée. C'est au plaignant

liberty of choice. The test is an objective one and the failure of the applicant to testify as to his or her perceptions of the encounter is not fatal to the application. However, the applicant's contention that the police by their conduct effected a significant deprivation of his or her liberty must find support in the evidence.

de démontrer que, dans les circonstances, on l'a effectivement privé de sa liberté de choix. Le critère applicable est objectif et l'abstention du plaignant de témoigner sur sa propre perception de son contact avec les policiers ne porte pas un coup fatal à la demande. En revanche, la prétention du demandeur que le comportement des policiers l'a véritablement privé de sa liberté doit être étayée par la preuve.

[29] The line between general questioning and focussed interrogation amounting to detention may be difficult to draw in particular cases. It is the task of the trial judge on a *Charter* application to assess the circumstances and determine whether the line between general questioning and detention has been crossed. While the trial judge in this case did not have the benefit of the test refined in *Grant*, his findings on the facts, supported by the evidence, lead to the view that a reasonable person in the circumstances would have concluded that the initial encounter was preliminary investigative questioning falling short of detention.

[29] Il peut s'avérer difficile, dans certains cas, de tracer la ligne entre des questions d'ordre général et des questions ciblées correspondant à une détention. Il appartient au juge de première instance saisi d'une demande fondée sur la *Charte* d'apprécier les circonstances et de déterminer si la ligne de démarcation entre des questions d'ordre général et la détention a été franchie. Même si, dans la présente affaire, le juge de première instance ne bénéficiait pas du test élaboré dans *Grant*, ses conclusions à l'égard des faits, étayées par la preuve, donnent à croire que, dans les circonstances, une personne raisonnable aurait conclu que son contact initial avec les policiers consistait en des questions préliminaires aux fins d'enquête qui ne suffisaient pas pour qu'il y ait détention.

[30] The trial judge characterized the factual situation at issue as "an exploratory investigation in which Roughley was fully justified and duly [*sic*] bound to pursue a cursory questioning of Suberu". He went on to observe that "the introductory and preliminary questions were merely to determine if there was any involvement by this person before him". As the trial judge put it: "One must ask a number of preliminary questions to determine how to proceed thereafter. Until that information was obtained as to a possible criminal offence and who the party was, no detention or arrest or rights to caution, in my view, were required."

[30] Le juge de première instance a décrit la situation factuelle en cause comme [TRADUCTION] « une enquête exploratoire dans le cadre de laquelle Roughley avait toutes les raisons voulues et était tenu d'interroger sommairement M. Suberu ». Il a ensuite fait observer que [TRADUCTION] « les questions introductives et préliminaires visaient simplement à déterminer si la personne qu'il avait devant lui était mêlée à l'affaire d'une façon quelconque ». Comme l'a dit le juge de première instance : [TRADUCTION] « Il faut poser plusieurs questions préliminaires pour décider comment procéder par la suite. Tant que les renseignements relatifs à la perpétration possible d'une infraction criminelle et à l'identité de l'interlocuteur n'avaient pas été obtenus, j'estime qu'aucune détention ou arrestation, ni mise en garde, n'était nécessaire. »

[31] The trial judge's finding that the initial part of the encounter was of a preliminary or exploratory

[31] La conclusion du juge de première instance, selon laquelle la première partie du contact de

nature on its face does not support the contention that Mr. Suberu was under detention within the meaning of the *Charter* at this point. It suggests rather that Constable Roughley's conduct indicated that he was engaged in a general inquiry and had not yet zeroed in on the individual as someone whose movements must be controlled. Looking at the matter through the lens of the detention analysis proposed in *Grant*, the trial judge's conclusion that the circumstances did not trigger the right to counsel cannot be said to be in error. There was no right to counsel because there was no detention.

[32] The first factor directs us to the circumstances giving rise to the encounter, as reasonably perceived by an individual in Mr. Suberu's position. The evidence indicates that Constable Roughley engaged Mr. Suberu in an attempt to orient himself to the situation as it was unfolding in front of him. A possible crime had just occurred, and the police had arrived to investigate the matter. However, as Binnie J. aptly observes (at para. 62), it would be absurd to suggest that Constable Roughley should give everyone present their right to counsel before proceeding to sort out the situation. In our view, it would also be unreasonable to require that the right to counsel be given the moment the police approach any suspect in the process of sorting out the situation. In the circumstances here, one man appeared to be involved in the matter under investigation and another, Mr. Suberu, had attracted attention. Constable Roughley was engaging him to determine, in the trial judge's words, "if there was any involvement by this person". The evidence was that it occurred to Constable Roughley that this man might be involved. However, on the officer's evidence, he did not at that time believe he had sufficient information to act on his suspicion by detaining Mr. Suberu. It was only after he received additional information over the radio linking the appellant, the van, and the contents of the van to an offence that he believed the appellant was involved in a criminal act such that he could not allow the appellant to leave the scene. As a whole, the

M. Suberu avec les policiers était à première vue de nature préliminaire ou exploratoire, n'étaye pas la prétention voulant que M. Suberu ait alors été détenu au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte*. Elle laisse plutôt croire que la conduite de l'agent Roughley indiquait qu'il procédait à une enquête générale et qu'il n'avait pas encore ciblé le sujet comme une personne dont il fallait restreindre la liberté d'action. Lorsqu'on envisage l'affaire sous l'angle de la méthode d'analyse de la détention proposée dans *Grant*, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les circonstances n'ont pas déclenché l'application du droit à l'assistance d'un avocat ne saurait être considérée comme erronée. Le droit à l'assistance d'un avocat n'existait pas parce qu'il n'y avait pas détention.

[32] Le premier facteur appelle l'examen des circonstances à l'origine du contact avec le policier, telles que les percevrait raisonnablement une personne se trouvant dans la situation de M. Suberu. Selon la preuve, l'agent Roughley a abordé M. Suberu dans le but d'essayer de comprendre ce qui se passait. Une infraction venait vraisemblablement d'être commise et les policiers sont arrivés sur les lieux pour enquêter. Toutefois, comme le souligne avec justesse le juge Binnie (au par. 62), il serait absurde de prétendre que l'agent Roughley devait permettre à toutes les personnes présentes d'exercer leur droit à l'assistance d'un avocat avant de commencer à tirer la situation au clair. Selon nous, il serait aussi déraisonnable d'exiger que, dès qu'il aborde un suspect pour tirer la situation au clair, un policier doive lui permettre d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. En l'espèce, un homme semblait impliqué dans l'affaire visée par l'enquête et un autre, M. Suberu, avait attiré son attention. L'agent Roughley l'a abordé afin de déterminer, selon les termes du juge de première instance, [TRADUCTION] « si la personne [. . .] était mêlée à l'affaire d'une façon quelconque ». Selon la preuve, il est venu à l'esprit de l'agent Roughley que tel pouvait être le cas. Toutefois, selon le témoignage de l'agent, il ne croyait pas alors disposer de suffisamment de renseignements pour agir en se fondant sur ses soupçons et mettre M. Suberu en détention. Ce n'est qu'après avoir reçu par radio des renseignements supplémentaires reliant l'appelant, la fourgonnette et

circumstances of the encounter support a reasonable perception that Constable Roughley was orienting himself to the situation rather than intending to deprive Mr. Suberu of his liberty. Further, as noted, Mr. Suberu did not testify or call evidence on that matter. In summary, the circumstances, as revealed by the evidence, do not suggest detention.

le contenu de la fourgonnette à une infraction, qu'il a cru que l'appelant avait participé à la perpétration d'une infraction criminelle, de sorte qu'il ne pouvait lui permettre de quitter les lieux. Dans l'ensemble, les circonstances du contact permettent raisonnablement de penser que l'agent Roughley essayait de comprendre la situation plutôt que de priver M. Suberu de sa liberté. De plus, comme nous l'avons déjà vu, M. Suberu n'a ni témoigné, ni présenté de preuve à cet égard. En résumé, les circonstances, telles qu'elles ont été établies par la preuve, n'indiquent pas qu'il y aurait eu détention.

[33] Further light is shed by considering the police conduct, the second factor in the *Grant* detention analysis. The question is whether the police conduct, taken as a whole, supported a reasonable conclusion that Mr. Suberu had no choice but to comply. As Mr. Suberu walked past Constable Roughley, he said, "He did this, not me, so I guess I can go." Constable Roughley followed him to his van and as Mr. Suberu entered it, said, "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere." In the context, these words admit more than one interpretation. They might be understood as, "I need to talk to you to get more information." They might also be construed as an order not to leave, suggestive of putting Mr. Suberu under police control. In interpreting these words, it is relevant to note that Constable Roughley made no move to obstruct Mr. Suberu's movement. He simply spoke to him as he sat in his van. Further, while the exact duration of the encounter is not clear on the record, it was characterized by the Court of Appeal as a "very brief dialogue" (para. 17). Taken as a whole, the conduct of the officer viewed objectively supports the trial judge's view that what was happening at this point was preliminary questioning to find out whether to proceed further.

[33] L'examen de la conduite des policiers, le deuxième facteur de l'analyse de la détention décrite dans *Grant*, est aussi révélateur. La question est de savoir si la conduite des policiers, dans son ensemble, donnait des motifs raisonnables de conclure que M. Suberu n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Lorsqu'il a croisé l'agent Roughley, il lui a dit : [TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. » L'agent Roughley l'a suivi jusqu'à sa fourgonnette et, au moment où M. Suberu est monté à bord, il lui a dit : [TRADUCTION] « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez. » Dans ce contexte, ces mots sont susceptibles de plus d'une interprétation. Ils peuvent être pris dans le sens de : « Il faut que je vous parle pour obtenir de plus amples renseignements. » Ils pourraient également être interprétés comme une interdiction de quitter les lieux, laissant croire que M. Suberu se trouvait sous le contrôle des policiers. Pour interpréter ces mots, il convient de signaler que l'agent Roughley n'a fait aucun geste pour entraver la liberté d'action de M. Suberu. Il lui a simplement parlé pendant qu'il prenait place dans sa fourgonnette. Par ailleurs, bien que la durée exacte de l'interaction ne soit pas indiquée clairement au dossier, la Cour d'appel a parlé d'un [TRADUCTION] « dialogue très bref » (par. 17). Dans son ensemble, la conduite du policier, vue objectivement, étaye l'opinion du juge de première instance selon laquelle il posait alors des questions préliminaires afin de savoir s'il devait aller plus loin.

[34] The third factor to consider is the individual's personal circumstances as they bear on the

[34] Le troisième facteur à examiner est l'incidence de la situation personnelle du sujet sur la

dynamics of the encounter. As already indicated, the test is objective, incorporating the perspectives of the person spoken to in the dynamic context of the evolving situation. The question is whether a reasonable person in the circumstances thus viewed would have concluded by reason of the state conduct that he or she had no choice but to comply. As discussed above, the fact that a person is delayed by the police is insufficient to ground a reasonable conclusion that he or she was not free to go, or that he or she was bound to comply with the officer's request for information. Mr. Suberu did not testify on the application, and there was no evidence as to whether he subjectively believed that he could not leave. Nor was there evidence of his personal circumstances, feelings or knowledge. The only evidence came from Constable Roughley, who testified that he was merely "exploring the situation". The officer testified that Mr. Suberu never told him that he did not wish to speak with him, and that the conversation was not "strained".

dynamique du contact. Comme nous l'avons déjà mentionné, le critère applicable est un critère objectif, qui incorpore les perceptions de la personne à laquelle s'adressent les policiers dans le contexte dynamique d'une situation qui évolue. La question est de savoir si une personne raisonnable placée dans la situation envisagée ainsi aurait conclu, en raison de la conduite de l'État, qu'elle n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Comme nous l'avons expliqué plus haut, le fait qu'une personne soit retardée par un policier est insuffisant pour qu'il soit raisonnable de conclure qu'elle n'était pas libre de partir, ou qu'elle était tenue d'obtempérer au policier lorsque celui-ci lui a demandé des renseignements. Monsieur Suberu n'a pas témoigné à l'audience et aucun élément de preuve n'indique s'il a cru, subjectivement, qu'il ne pouvait pas partir. Aucun élément de preuve n'a été présenté concernant la situation, les sentiments ou les connaissances personnelles de l'appelant. La seule preuve au dossier vient de l'agent Roughley, qui a témoigné avoir simplement [TRADUCTION] « exploré la situation ». Aux dires de l'agent, M. Suberu ne lui a jamais dit qu'il ne voulait pas lui parler, et la conversation n'était pas [TRADUCTION] « tendue ».

[35] We conclude that, viewed through the lens of *Grant*, the trial judge cannot be said to have erred in effectively finding that Mr. Suberu was not detained within the meaning of the *Charter* when Constable Roughley spoke to him in his van. It follows that there was no violation of the appellant's right under s. 10(*b*) of the *Charter*.

[35] Nous concluons que, selon l'arrêt *Grant*, le juge de première instance ne peut avoir commis une erreur en statuant en fait que M. Suberu n'était pas détenu au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* lorsque l'agent Roughley lui a parlé dans sa fourgonnette. Par conséquent, il n'a pas été porté atteinte au droit que l'al. 10*b*) de la *Charte* garantit à l'appelant.

[36] Although our conclusion that Mr. Suberu was not detained prior to his arrest is sufficient to dispose of this appeal, we propose to deal with two other questions that were raised by the parties.

[36] Même si notre conclusion selon laquelle M. Suberu n'était pas détenu avant son arrestation suffit pour trancher le présent pourvoi, nous examinerons deux autres questions soulevées par les parties.

4.2 *The Meaning of "Without Delay" in Section 10(b) of the Charter*

4.2 *Le sens de l'expression « sans délai » à l'al. 10b) de la Charte*

[37] Once an individual is detained, s. 10(*b*) of the *Charter* is engaged and guarantees an individual the right to retain and instruct counsel without delay, and to be informed of that right. The issue

[37] Lorsqu'une personne est détenue, l'al. 10*b*) de la *Charte* s'applique et lui garantit le droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit. La question soulevée

raised on this appeal asks whether the words "without delay" require the police to execute their duties to facilitate a detainee's right to counsel immediately upon detention, or whether this obligation can be fulfilled at a later point in time.

[38] Once engaged, s. 10(*b*) imposes both informational and implementational duties on the police. The informational duty requires that the detainee be informed of the right to retain and instruct counsel without delay. The implementational obligation imposed on the police under s. 10(*b*), requires the police to provide the detainee with a reasonable opportunity to retain and instruct counsel. This obligation also requires the police to refrain from eliciting incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach a lawyer, or the detainee has unequivocally waived the right to do so.

[39] The content of the police duties under s. 10(*b*) is not at issue in this appeal. Instead, the question is whether the right to retain and instruct counsel "without delay" means that these duties must be executed immediately at the outset of a detention, or whether these duties manifest at some later point subsequent to the start of a detention.

[40] As with "detention", any interpretation of the phrase "without delay" must be consistent with a purposive understanding of the *Charter* provision in which it occurs. As this Court noted in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 641-42, and in *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, the purpose of s. 10(*b*) is to ensure that individuals know of their right to counsel, and have access to it, in situations where they suffer a significant deprivation of liberty due to state coercion which leaves them vulnerable to the exercise of state power and in a position of legal jeopardy. Specifically, the right to counsel is meant to assist detainees regain their liberty, and guard against the risk of involuntary self-incrimination.

dans le pourvoi est de savoir si les mots « sans délai » obligent les policiers à s'acquitter immédiatement de leur obligation de faciliter l'exercice du droit du détenu à l'assistance d'un avocat, ou s'ils peuvent s'en acquitter plus tard après le début de la détention.

[38] Une fois devenu applicable, l'al. 10*b*) impose aux policiers à la fois une obligation d'information et une obligation de mise en œuvre. Leur obligation d'information consiste à informer le détenu de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. L'obligation de mise en œuvre imposée par l'al. 10*b*) consiste à fournir au détenu une possibilité raisonnable d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Pour respecter cette obligation, les policiers doivent en outre s'abstenir de tenter de soutirer au détenu des éléments de preuve incriminants jusqu'à ce qu'il ait eu une possibilité raisonnable de joindre un avocat, ou qu'il ait renoncé sans équivoque à ce droit.

[39] La teneur des obligations que l'al. 10*b*) impose aux policiers n'est pas en cause dans le pourvoi. La question est plutôt de savoir si le droit d'avoir recours « sans délai » à l'assistance d'un avocat signifie que ces obligations doivent être remplies immédiatement, dès le début de la détention, ou si elles ne prennent forme qu'un certain temps après la mise en détention.

[40] À l'instar de la définition du terme « détention », le sens que l'on attribue à l'expression « sans délai » doit être compatible avec une interprétation téléologique de la disposition de la *Charte* dans laquelle elle figure. Comme la Cour l'a souligné dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 641-642, et dans *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, l'al. 10*b*) vise à garantir que les personnes soient informées de leur droit à l'assistance d'un avocat et qu'elles puissent l'exercer, lorsqu'elles subissent une atteinte considérable à leur liberté par suite de la coercition de l'État, ce qui les rend vulnérables à l'exercice du pouvoir étatique et les expose à un risque sur le plan juridique. Le droit à l'assistance d'un avocat vise plus particulièrement à aider les détenus à recouvrer leur liberté et à les protéger contre le risque qu'ils s'incriminent involontairement.

[41] A situation of vulnerability relative to the state is created at the outset of a detention. Thus, the concerns about self-incrimination and the interference with liberty that s. 10(*b*) seeks to address are present as soon as a detention is effected. In order to protect against the risk of self-incrimination that results from the individuals being deprived of their liberty by the state, and in order to assist them in regaining their liberty, it is only logical that the phrase "without delay" must be interpreted as "immediately". If the s. 10(*b*) right to counsel is to serve its intended purpose to mitigate the legal disadvantage and legal jeopardy faced by detainees, and to assist them in regaining their liberty, the police must immediately inform them of the right to counsel as soon as the detention arises.

[42] To allow for a delay between the outset of a detention and the engagement of the police duties under s. 10(*b*) creates an ill-defined and unworkable test of the application of the s. 10(*b*) right. The right to counsel requires a stable and predictable definition. What constitutes a permissible delay is abstract and difficult to quantify, whereas the concept of immediacy leaves little room for misunderstanding. An ill-defined threshold for the application of the right to counsel must be avoided, particularly as it relates to a right that imposes specific obligations on the police. In our view, the words "without delay" mean "immediately" for the purposes of s. 10(*b*). Subject to concerns for officer or public safety, and such limitations as prescribed by law and justified under s. 1 of the *Charter*, the police have a duty to inform a detainee of his or her right to retain and instruct counsel, and a duty to facilitate that right immediately upon detention.

4.3 *The Applicability of Section 1 of the Charter*

[43] Having established that the police must inform an individual of a right to counsel immediately upon detention, we must turn to the Crown's

[41] Dès le début de la détention, le détenu se trouve dans un état de vulnérabilité face à l'État. Par conséquent, les problèmes de l'auto-incrimination et de l'entrave à la liberté auxquels l'al. 10*b*) tente de répondre se posent dès la mise en détention. Si l'on veut protéger une personne contre le risque d'auto-incrimination auquel elle est exposée du fait que l'État la prive de sa liberté et l'aider à recouvrer sa liberté, il est tout à fait logique que l'expression « sans délai » doive être interprétée comme signifiant « immédiatement ». Pour que le droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10*b*), atteigne son objectif qui consiste à atténuer le désavantage et le risque juridiques découlant de la mise en détention et à aider les détenus à recouvrer leur liberté, les policiers doivent les informer immédiatement de leur droit à l'assistance d'un avocat, dès la mise en détention.

[42] Permettre qu'un délai sépare le début de la détention du moment où les policiers doivent s'acquitter des obligations prévues par l'al. 10*b*) créerait un critère imprécis et impraticable d'application du droit garanti par l'al. 10*b*). Le droit à l'assistance d'un avocat requiert une définition stable et prévisible. La notion de délai acceptable est abstraite et difficile à quantifier, alors que le caractère immédiat laisse très peu de place au malentendu. Il faut éviter que le critère d'application du droit à l'assistance d'un avocat soit mal défini, plus particulièrement parce qu'il vise un droit qui impose des obligations précises aux policiers. À notre avis, l'expression « sans délai » signifie « immédiatement » pour l'application de l'al. 10*b*). Sous réserve d'une menace pour la sécurité de l'agent ou du public, et des restrictions qui seraient prescrites par une règle de droit et justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*, les policiers ont l'obligation immédiate d'informer le détenu de son droit à l'assistance d'un avocat et de faciliter l'exercice de ce droit dès le début de la détention.

4.3 *L'applicabilité de l'article premier de la Charte*

[43] Après avoir établi que les policiers doivent informer immédiatement une personne de son droit à l'assistance d'un avocat dès sa mise en détention,

assertion that a general suspension of the right to counsel during the course of short "investigatory" detentions is necessary and justified under s. 1 of the *Charter*. The Crown submits that a limit on the appellant's right to counsel is prescribed by law, deriving from the operating requirements of the common law police power to detain individuals for investigative purposes. It argues that requiring the police to advise an individual subject to an investigative detention of his or her right to counsel is incompatible with the mandate that an investigatory detention be brief. It also argues that the imposition of such duties undermines the ability of the police to respond quickly and effectively to the exigencies of street policing.

nous devons examiner l'allégation du ministère public selon laquelle la suspension générale de l'exercice du droit à l'assistance d'un avocat pendant une courte détention « aux fins d'enquête » est nécessaire et justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Le ministère public soutient que le droit de l'appelant à l'assistance d'un avocat est restreint par une règle de droit, puisque cette limite découle des conditions d'exercice du pouvoir des policiers en common law de détenir des personnes à des fins d'enquête. Il allègue qu'obliger les policiers à informer la personne détenue à des fins d'enquête de son droit à l'assistance d'un avocat est incompatible avec leur devoir de s'assurer que la détention aux fins d'enquête soit de courte durée. Il affirme également que l'imposition de pareille obligation diminue la capacité des policiers de répondre rapidement et efficacement aux exigences du maintien de l'ordre dans les rues.

[44] The appellant acknowledges that the police must be able to engage with and obtain information from members of the public to do their work and that therefore a s. 1 justification may well be made out. However, counsel for Mr. Suberu submits that a s. 1 exception is only warranted if any incriminating evidence gathered prior to informing an individual of his or her s. 10(*b*) right to counsel is inadmissible against him or her. Counsel argues that this general "use immunity" is necessary to meet the proportionality criterion under s. 1.

[44] L'appelant reconnaît que les policiers doivent être en mesure d'aborder les citoyens et d'obtenir d'eux les renseignements nécessaires à l'exécution de leur travail et que, par conséquent, une justification peut très bien être démontrée au sens de l'article premier. Toutefois, l'avocat de M. Suberu soutient que l'exception fondée sur l'article premier n'est justifiée que si les éléments de preuve incriminants recueillis avant que la personne soit informée de son droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*) sont irrecevables contre elle. Il allègue que cette « immunité contre l'utilisation de la preuve », d'ordre général, est nécessaire pour satisfaire au critère de la proportionnalité dans l'analyse requise par l'article premier.

[45] There is no question that the right to counsel, as any other right guaranteed by the *Charter* in case of detention, is subject to reasonable limitations as prescribed by law under s. 1. For example, in *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3, the fact that there was a detention was not in issue. Indeed, the police directive to pull over coupled with the restrictive demand that the driver perform sobriety tests provided a clear basis to ground a detention. *Charter* rights were therefore

[45] Il ne fait aucun doute que le droit à l'assistance d'un avocat, comme tout autre droit garanti par la *Charte* en cas de détention, peut être restreint par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables au sens de l'article premier. Par exemple, dans *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3, l'existence de la détention n'était pas en litige. En fait, le fait que les policiers aient ordonné aux chauffeurs de s'arrêter et leur aient intimé de se soumettre à des tests de sobriété indiquait

triggered, though ultimately the breach was saved under s. 1 of the *Charter*. However, we are not persuaded, on this appeal, that a case has been made out for a general suspension of the s. 10(*b*) right to counsel for investigatory purposes, with or without some form of use immunity. In our view, the invitation by counsel for the Court to consider s. 1 in order to suspend the right to counsel is premised on an unduly expansive notion of the meaning of detention that is inconsistent with the purposive approach to detention taken in *Grant*. Because the definition of detention, as understood in these reasons, gives the police leeway to engage members of the public in non-coercive, exploratory questioning without necessarily triggering their *Charter* rights relating to detention, s. 1 need not be invoked in order to allow the police to effectively fulfill their investigative duties.

clairement qu'il y avait détention. Les protections accordées par la *Charte* sont donc entrées en jeu, mais leur violation a été validée en fin de compte par application de l'article premier. Toutefois, on ne nous a pas convaincus en l'espèce du bien-fondé d'une suspension générale, à des fins d'enquête, du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10*b*), assortie ou non d'une immunité quelconque contre l'utilisation de la preuve. À notre avis, l'invitation lancée à la Cour de recourir à l'article premier pour suspendre le droit à l'assistance d'un avocat repose sur une définition trop large de la notion de détention, incompatible avec l'interprétation téléologique retenue dans *Grant*. Étant donné que la définition de la détention établie dans les présents motifs accorde aux policiers une marge de manœuvre qui leur permet d'interroger les citoyens de manière non coercitive et de leur poser des questions exploratoires sans nécessairement déclencher l'application des droits garantis par la *Charte* en cas de détention, il n'est pas nécessaire de recourir à l'article premier pour permettre aux policiers de s'acquitter efficacement de leurs obligations en matière d'enquête.

5. Disposition

[46] For these reasons, the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

[47] BINNIE J. (dissenting) — I agree with the majority that when s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the right to retain and instruct counsel "without delay", it means "immediately". The suggestion by the Court of Appeal in this case that the wording of the *Charter*, construed purposefully, permits "a brief interlude between the commencement of an investigative detention and the advising of the detained person's right to counsel under s. 10(*b*) during which the officer makes a quick assessment of the situation" (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, *per* Doherty J.A., at para. 50 (emphasis added)), is a practical proposal designed to alleviate the "obvious tension between the requirement to inform detained persons of their right to counsel and the proper

5. Dispositif

[46] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

[47] LE JUGE BINNIE (dissident) — À l'instar des juges majoritaires, je suis d'avis que le droit d'avoir recours « sans délai » à l'assistance d'un avocat, prévu à l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, s'entend du droit d'y avoir recours « immédiatement ». Lorsque la Cour d'appel avance qu'une interprétation téléologique du libellé de la *Charte* permet [TRADUCTION] « un bref intervalle entre le début d'une détention aux fins d'enquête et la mise en garde informant la personne détenue de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat prévu à l'al. 10*b*), pendant que l'agent évalue rapidement la situation » (2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127, le juge Doherty, par. 50 (je souligne)), elle propose une solution pratique pour atténuer la [TRADUCTION] « tension manifeste entre

and effective use of brief investigative detentions" (para. 41). However, such a proposal sits uncomfortably with the constitutional text.

[48] Having rejected the solution proposed by the Court of Appeal, our Court must now, as a practical matter, find another way to permit the police a "brief interlude" to allow them to "mak[e] a quick assessment of the situation" backed up, if need be, as in this case, by words of detention. My colleagues' solution, as I interpret it, requires a court to underestimate the coercive power of police commands, overestimate the resilience of the Canadian population in the face of such commands, and unnecessarily limits the court's consideration to facts relevant to the encounter to only those facts made evident to the person stopped. My concerns are outlined in the companion case of *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, and will not be repeated here. I accept that a "brief interlude" to permit the police to make a "quick assessment of the situation" will often be justified, but the way to accomplish this flexibility is to modify the "claimant-centred" approach initiated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, by bringing the police purpose and intention into the initial determination of whether or not a detention exists within the meaning of s. 9 of the *Charter*, whether or not the police perspective was made evident to the person stopped.

[49] Nevertheless, I believe that Mr. Suberu in this case is entitled to the benefit of the majority's claimant-centred analysis set out in *Grant*. Applying that test, I conclude that he was detained.

I

[50] Generally speaking, the police mean what they say when they direct a citizen to stay put. As Constable Roughley acknowledged in this case, if Mr. Suberu had not heeded the officer's direction not to leave the parking lot at the crime scene, Constable Roughley would "likely" have pursued

la nécessité d'informer les personnes détenues de leur droit à l'assistance d'un avocat et l'utilisation correcte et efficace des brèves détentions aux fins d'enquête » (par. 41). Toutefois, cette proposition s'accorde mal avec le libellé constitutionnel.

[48] Après avoir rejeté la solution proposée par la Cour d'appel, notre Cour doit maintenant, d'un point de vue pratique, trouver un autre moyen d'accorder un « bref intervalle » à la police pour qu'elle « évalue rapidement la situation » avec l'aide, si nécessaire, comme en l'espèce, de paroles de mise en détention. À mon avis, la solution décrite par mes collègues oblige le tribunal à sous-estimer le pouvoir coercitif des ordres des policiers, à surestimer la capacité des Canadiens de résister aux ordres de cette nature et à limiter inutilement l'examen judiciaire des éléments factuels pertinents du contact avec les policiers aux faits dévoilés à la personne interceptée. Comme j'ai déjà expliqué mes réserves dans l'affaire connexe *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, je ne les exposerai pas de nouveau ici. Je reconnais qu'un « bref intervalle » accordé pour que la police « évalue rapidement la situation » sera souvent justifié. Néanmoins, le moyen à employer pour leur donner cette latitude consiste à modifier l'approche centrée sur le plaignant proposée initialement dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, en faisant intervenir le but et l'intention des policiers dans l'examen initial de la question de savoir si oui ou non il y a détention pour l'application de l'art. 9 de la *Charte*, peu importe que le point de vue des policiers ait été dévoilé ou non à la personne interceptée.

[49] J'estime néanmoins que M. Suberu a le droit de bénéficier en l'espèce de l'application de l'approche centrée sur le plaignant établie par la majorité dans *Grant*. Suivant ce test, je conclus qu'il était détenu.

I

[50] Règle générale, lorsqu'un policier somme une personne de rester sur place, il veut qu'elle reste sur place. Comme l'a reconnu l'agent Roughley en l'espèce, si M. Suberu n'avait pas obtempéré à la directive du policier de ne pas quitter le stationnement sur la scène du crime, l'agent Roughley

him in the patrol car and stopped Mr. Suberu's van in the street:

Q. So Officer can you tell me, if you got outside in that parking lot, with the information you described you had, and Mr. Suberu had already been driving away in his van, what would you have done?

A. I more than likely would have ah, tried to effect a vehicle stop to ah, investigate ah, as I did in the lot, [to find out] if he was involved and if he was involved, to what extent he was involved.

Mr. Suberu correctly perceived that the officer was giving him "no choice but to comply" (*Grant*, at para. 44).

[51] Accordingly, with all due respect to those of a different view, I think the conclusion of the majority in this case that Mr. Suberu was *not* detained, despite concurrent findings in the courts below that there *was* an "investigatory detention", is at odds with the restatement of the test for detention (summarized at para. 44 of *Grant* and para. 25 herein). The trial judge found that "there was, as was entirely necessary, a momentary investigative detention" but concluded, as did the Court of Appeal, that there was nevertheless at that stage "no need to provide the accused with his rights to counsel". Applying my colleagues' formulation of the test for detention in *Grant*, I agree with both courts below that Mr. Suberu *was* detained within the meaning of ss. 9 and 10(*b*) of the *Charter* at the outset of his encounter with Constable Roughley. It then follows that, pursuant to the approach to s. 24(2) set out in *Grant*, the incriminatory statements by Mr. Suberu prior to the constable reading him his s. 10(*b*) rights should be excluded, the appeal allowed and a new trial ordered.

l'aurait « probablement » poursuivi dans sa voiture de police et l'aurait forcé à immobiliser sa fourgonnette sur la voie publique :

[TRADUCTION]

Q. Donc, Monsieur l'agent, pouvez-vous me dire, si vous étiez sorti dans ce stationnement, avec les renseignements que vous déteniez tels que vous les avez décrits, et si M. Suberu avait déjà commencé à s'éloigner dans sa fourgonnette, qu'auriez-vous fait?

R. J'aurais très probablement euh, essayé d'arrêter son véhicule pour euh, enquêter euh, comme je l'ai fait dans le stationnement, [pour vérifier] s'il était mêlé à l'affaire et, si oui, dans quelle mesure.

Monsieur Suberu a eu l'impression, à juste titre, que l'agent ne lui donnait « d'autre choix que d'obtempérer » (*Grant*, par. 44).

[51] Par conséquent, en toute déférence pour ceux qui ont une opinion différente, j'estime que la conclusion de mes collègues majoritaires selon laquelle M. Suberu *n'était pas* détenu, en dépit des conclusions concordantes des juridictions inférieures selon lesquelles il y *avait* « détention aux fins d'enquête », n'est pas compatible avec leur formulation du test servant à déterminer s'il y a détention (résumée au par. 44 de *Grant* et au par. 25 dans le présent dossier). Le juge de première instance a constaté [TRADUCTION] « qu'il y a eu, comme cela était absolument nécessaire, détention momentanée aux fins d'enquête » mais il a conclu, tout comme la Cour d'appel, qu'à cette étape, « il n'était pas nécessaire de permettre à l'accusé de recourir à l'assistance d'un avocat ». En appliquant le test formulé par mes collègues dans *Grant*, je conclus, à l'instar des deux juridictions inférieures, que M. Suberu *était* détenu pour l'application de l'art. 9 et de l'al. 10*b*) de la *Charte* dès le début de son contact avec l'agent Roughley. Par conséquent, suivant le raisonnement adopté dans *Grant* pour l'application du par. 24(2), je suis d'avis d'exclure les déclarations incriminantes faites par M. Suberu avant que l'agent lui fasse lecture de ses droits garantis par l'al. 10*b*), d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

II

[52] "The question", *Grant* says, "is whether the police conduct would cause a reasonable person [in Mr. Suberu's position] to conclude that he or she was not free to go and had to comply with the police direction or demand" (para. 31).

[53] Having selected the claimant's perspective (as assessed by the "reasonable person") as the lodestar, circumstances not reasonably apparent to a reasonable person in Mr. Suberu's situation do not affect the analysis. However, it is evident from Mr. Suberu's opening words to Constable Roughley that he knew clearly enough why the police had suddenly arrived at the Cobourg LCBO and that he was in jeopardy. He was stopped at the alleged crime scene. No rational person in Mr. Suberu's position would have thought that he was free to walk away or that the police would have let him go, had he tried. The feebleness of his suggestion as he brushed past Constable Roughley ("He did this, not me, so I guess I can go.") shows that he appreciated that he was in a legal mess.

III

[54] As Constable Roughley approached the Cobourg LCBO he was radioed by his partner, Constable Bellemare, that there were two male suspects in the store. The LCBO employees had been procrastinating and delaying the suspects until the police could get there. Mr. Suberu became a person of interest because he was male and standing near the other suspect, William Erhirhie, and an LCBO employee, in conversation with Constable Bellemare, who had arrived moments before. As Constable Roughley entered the store, Mr. Suberu was "walking away from the general area" where Constable Bellemare was dealing with Mr. Erhirhie. Mr. Suberu immediately attracted

II

[52] Selon les termes utilisés dans *Grant*, il « faut se demander si la conduite policière inciterait une personne raisonnable [se trouvant dans la situation de M. Suberu] à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à l'ordre ou à la sommation de la police » (par. 31).

[53] La Cour ayant décidé de fonder l'analyse sur la perspective du plaignant (établie selon le critère de la « personne raisonnable »), les circonstances qu'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de M. Suberu ne pourrait vraisemblablement percevoir ne jouent pas dans l'analyse. Toutefois, il ressort manifestement des paroles avec lesquelles M. Suberu a amorcé sa conversation avec l'agent Roughley qu'il savait assez clairement pourquoi les policiers sont arrivés soudainement au magasin de la Régie des alcools de l'Ontario (« LCBO ») à Cobourg et qu'il courait un risque sur le plan juridique. Il a été intercepté sur la scène du crime suspecté. Aucune personne sensée se trouvant dans la situation de M. Suberu n'aurait cru qu'il était libre de partir ni n'aurait pensé que le policier l'aurait laissé faire s'il avait tenté de s'en aller. Les termes peu convaincants qu'il a utilisés en passant près de l'agent Roughley ([TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. ») indiquent qu'il savait qu'il était dans le pétrin sur le plan juridique.

III

[54] En approchant du magasin de la LCBO à Cobourg, l'agent Roughley a reçu un message radio de son confrère, l'agent Bellemare, l'informant que deux suspects de sexe masculin se trouvaient à l'intérieur. Les employés de la LCBO étiraient le temps et essayaient de retenir les suspects jusqu'à l'arrivée des policiers. Monsieur Suberu est devenu une personne d'intérêt parce qu'il était de sexe masculin et qu'il se tenait près de l'autre suspect, William Erhirhie, et d'un employé de la LCBO, avec qui parlait l'agent Bellemare, tout juste arrivé sur les lieux. Au moment où l'agent Roughley est entré, M. Suberu [TRADUCTION] « s'éloignait de la zone » dans laquelle l'agent Bellemare s'occupait

Constable Roughley's attention, and conveniently linked himself to Mr. Erhirhie, by saying "He did this, not me, so I guess I can go." Constable Roughley testified as to his perception on entering the LCBO store:

Q. So when you came in were you expecting to see two suspects?

A. Yes, I was.

Q. And did you see two people who you believed were suspects?

A. I saw two people. Ah, I know that ah, only one person can actually hand over a card. I believed that person to be the person that Officer Bellemare was with. I believed ah, Mr. Suberu, who was walking away, was in his presence at the time of that ah, tendering of the card. I did not know what role Mr. Suberu played in the tendering of that card, if any.

Q. But he was a suspect. Was he a suspect?

A. Those were the words that Officer Bellemare used.

[55] Accordingly, as I view the evidence, the police at this stage were not making "general inquiries", but were responding to a "specific occurrence", in which a "particular individual" trying lamely to deflect attention, was actually attracting attention to himself (*Grant*, at paras. 40-41). The policeman was glad to oblige with an order to stay put.

[56] The verbal exchange between Constable Roughley and Mr. Suberu clearly established an unambiguous police order. When Mr. Suberu walked past Constable Roughley, saying, "He did this, not me, so I guess I can go", and Constable Roughley replied, "Wait a minute. I need to talk to you before you go anywhere", it was a command to stay put. Constable Roughley's words were only ambiguous if one ignores the preceding remark from Mr. Suberu. Constable Roughley was replying to Mr. Suberu, who had essentially said, "Can

de M. Erhirhie. Monsieur Suberu a immédiatement attiré l'attention de l'agent Roughley et a commodément fait le lien entre lui et M. Erhirhie en disant [TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir. » L'agent Roughley a décrit dans son témoignage comment il a perçu la situation en entrant dans le magasin de la LCBO :

[TRADUCTION]

Q. Donc, en entrant, vous attendiez-vous à voir deux suspects?

R. Oui, je m'y attendais.

Q. Et avez-vous vu deux personnes qui vous ont semblé être des suspects?

R. J'ai vu deux personnes. Euh, je sais que euh, seulement une personne peut en réalité présenter une carte. J'ai cru que cette personne était celle avec qui l'agent Bellemare parlait. J'ai cru euh, que M. Suberu, qui s'en allait, était avec cette personne au moment où euh, elle avait présenté la carte. Je ne savais pas quel rôle M. Suberu avait joué dans l'utilisation de la carte, s'il y avait participé.

Q. Mais il était un suspect. Était-il un suspect?

R. Ce sont les mots que l'agent Bellemare a utilisés.

[55] Par conséquent, selon ma perception de la preuve, les policiers ne posaient pas, à ce moment-là, des « questions générales », mais répondaient à un « incident précis », lors duquel un « individu en particulier » qui essayait maladroitement de détourner l'attention a en fait réussi à l'attirer (*Grant*, par. 40-41). Le policier s'est fait un plaisir de répondre à cet individu en lui ordonnant de rester sur place.

[56] L'échange verbal entre l'agent Roughley et M. Suberu représente clairement un ordre non équivoque émanant du policier. Lorsque M. Suberu a croisé l'agent Roughley en disant [TRADUCTION] « C'est lui qui a fait ça, c'est pas moi, alors j'imagine que je peux partir » et que l'agent Roughley a répondu [TRADUCTION] « Attendez une minute! Il faut que je vous parle avant que vous vous en alliez », il s'agissait d'un ordre lui intimant de rester sur place. Les mots employés par l'agent Roughley ne sont « ambigus » que si l'on fait

I leave?", by essentially saying, "No". It was clear to Mr. Suberu that he was not free to go "anywhere" and any reasonable person in that position would have come to the same conclusion. At that point there was, within the meaning of the test in *Grant*, a detention, in my view, which was unsupported at that stage by any grounds of reasonable suspicion as required by *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. My colleagues point out correctly that Constable Roughley did not try *physically* to obstruct Mr. Suberu's movement but that is why this is a case of *psychological*, not physical, detention.

IV

[57] My colleagues lay stress on the importance of deference to the trial judge's conclusions on detention issues (*Grant*, at para. 43) yet here they reverse the conclusion of both the trial judge and the Court of the Appeal with respect to detention. The trial judge found that Mr. Suberu was detained at the outset: "Clearly the [appellant Mr. Suberu] was detained when Roughley told him not to leave, 'Wait a minute before you can leave. I want to talk to you.'" Elsewhere the trial judge said that there was "a momentary investigative detention". The trial judge also looked at the situation from the officer's own perspective. He found that at the outset Constable Roughley had no reason to believe that Mr. Suberu was involved in the suspected offence ("he had no information or grounds whatever" and when Constable Roughley stopped him, "there was really nothing to indicate any particular involvement in the fraudulent purchase by the other party who was then in the Liquor Store"). Constable Roughley moved to question Mr. Suberu about the specific crime ("It is clear Roughley wished to determine if this [person] was involved in any way with that person who passed or used the stolen credit card in the store."). In other words, while still in an exploratory mode, the officer's questions invited answers inculpating Mr. Suberu with respect to his

abstraction de la remarque que venait de faire M. Suberu. Essentiellement, l'agent Roughley répondait « Non » à M. Suberu qui, essentiellement, lui avait demandé « Est-ce que je peux partir? » Il était évident pour M. Suberu qu'il ne pouvait pas s'en aller et n'importe quelle personne raisonnable se trouvant dans sa situation serait parvenue à la même conclusion. À ce moment-là, selon le test formulé dans *Grant*, il y avait à mon avis détention et, à ce stade, cette détention n'était pas étayée par des soupçons raisonnables comme l'exige l'arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Mes collègues soulignent, avec raison, que l'agent Roughley n'a pas tenté d'entraver *physiquement* la liberté de mouvement de M. Suberu, mais c'est pour cette raison qu'il y a eu détention *psychologique*, et non détention physique.

IV

[57] Mes collègues insistent sur l'importance de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions du juge du procès concernant la détention (*Grant*, par. 43) et pourtant, en l'espèce, ils infirment à la fois la conclusion du juge du procès et celle de la Cour d'appel en ce qui a trait à l'existence d'une détention. Le juge du procès a conclu que M. Suberu a été mis en détention dès le début : [TRADUCTION] « De toute évidence, [l'appelant Suberu] a été mis en détention lorsque l'agent Roughley lui a dit de ne pas s'en aller, "Attendez une minute avant de partir! Il faut que je vous parle." » Ailleurs, le juge du procès a dit qu'il y avait eu « détention momentanée aux fins d'enquête ». Le juge du procès a aussi examiné la situation du point de vue personnel de l'agent de police. Il a conclu que l'agent Roughley n'avait, au début, aucun motif de croire que M. Suberu était mêlé à l'infraction suspectée ([TRADUCTION] « il n'avait aucun renseignement ni motif, quel qu'il soit » et, lorsque l'agent Roughley l'a intercepté, « il n'existait alors vraiment aucun indice d'une implication particulière dans l'achat frauduleux effectué par l'autre partie qui se trouvait alors dans le magasin de la Régie des alcools »). L'agent Roughley a commencé à interroger M. Suberu au sujet du crime précis ([TRADUCTION] « Il est évident que l'agent Roughley voulait déterminer si [cette personne]

association with Mr. Erhirhie, the offence and the van.

[58] In my view the proper legal conclusion from the findings by the trial judge and the majority test in *Grant* is that Mr. Suberu was subject to a *Mann* investigative detention. Being unjustified by any ground of reasonable suspicion, the detention was therefore arbitrary. Constable Roughley took it on himself to detain Mr. Suberu in the parking lot in unambiguous language. Mr. Suberu had no choice but to comply. If a finding of detention in these circumstances produces an anomalous result then a re-examination of the claimant-centred test is warranted.

V

[59] This is one of the cases where taking into account the police perspective — even though it was unknown to Mr. Suberu — might have strengthened the Crown's case.

[60] Despite Constable Roughley's insistence that Mr. Suberu not leave, apparently to the extent of being willing to chase Mr. Suberu's van in the police car if necessary, the trial judge held that from the constable's perspective he "had to stop the man to find out if he was in any way involved". The investigation was in an exploratory stage as viewed by Constable Roughley. Mr. Suberu was a person of interest who had to be stopped, but he was not yet a suspect (except from the description by Constable Bellemare).

[61] The fact that a police command is not justified according to law does not make it any less imperative in the eyes of a reasonable person in the circumstances of the person stopped. However, the

avait un rapport quelconque avec la personne qui avait présenté ou utilisé la carte de crédit volée dans le magasin. »). En d'autres termes, même s'il était toujours en mode exploratoire, l'agent a posé des questions qui donnaient ouverture à des réponses incriminant M. Suberu quant à son lien avec M. Erhirhie, l'infraction et la fourgonnette.

[58] Selon moi, la conclusion de droit qu'il faut tirer des constatations du juge du procès et de l'application du test formulé par la majorité dans *Grant* est que M. Suberu faisait l'objet d'une détention aux fins d'enquête au sens de l'arrêt *Mann*. Comme elle n'était justifiée par aucun soupçon raisonnable, cette détention était arbitraire. L'agent Roughley a pris l'initiative de mettre M. Suberu en détention dans le stationnement en utilisant des termes non équivoques. Monsieur Suberu n'avait d'autre choix que d'obtempérer. Si, en concluant qu'il y avait détention dans ces circonstances, on obtient un résultat insolite, il y a lieu de réexaminer le test centré sur le plaignant.

V

[59] Il s'agit d'un cas où la prise en compte du point de vue de la police — même s'il était inconnu de M. Suberu — aurait pu renforcer la position du ministère public.

[60] Bien que l'agent Roughley ait insisté pour que M. Suberu reste sur place, apparemment au point d'être prêt à poursuivre sa fourgonnette à bord de sa voiture de police s'il le fallait, le juge du procès a conclu que, du point de vue de l'agent, celui-ci [TRADUCTION] « devait arrêter cet homme pour vérifier s'il était mêlé à l'affaire d'une façon ou d'une autre ». Selon l'agent Roughley, l'enquête n'avait pas dépassé le stade exploratoire. Monsieur Suberu était une personne d'intérêt qui devait être interceptée, mais il n'était pas encore un suspect (sauf selon la description faite par l'agent Bellemare).

[61] Le fait que la sommation du policier ne soit pas justifiée en droit n'en atténue en rien le caractère impératif aux yeux d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation de celle qui a été

police purpose and intent, despite the peremptory nature of Constable Roughley's order, and despite Mr. Suberu's ignorance of what the police knew and when they knew it, might on my analysis in *Grant*, mitigate the finding of detention here. Simply put, the policeman did not have enough information to know whether or not Mr. Suberu was implicated in the offence, but he gave a peremptory "stay put" direction anyway. Given the constable's lack of information — a lack not communicated to Mr. Suberu — the officer needed time to get his bearings before it could be said, objectively, that Mr. Suberu was in reasonable need of the assistance of counsel. In a different case where the words of detention are milder or more ambiguous (perhaps done deliberately to lull the person questioned into a false sense of security), my preferred analysis would tend to operate in favour of the accused if in such a case the police believed they had the perpetrator and were seeking self-incriminatory statements in relation to a specific crime. Whether the outcome favours the defence or the Crown, the police purpose and factual understanding of the situation (even though unknown to the claimant) is important in the determination of when, if at all, a detention (or merely a delay) occurred. It is the perspective and information of the police, not the claimant, that will often determine whether the liberty interest of the person stopped was truly engaged.

[62] There were several people in the liquor store. It would be absurd to suggest that Constable Roughley could be expected to tell *everyone* in the store to stay put, call their lawyers and wait until the lawyers called back, as he tried to sort out the situation without their cooperation. However, his direction was *not* broadcast to everyone, it was only given to Mr. Suberu. The policeman's direction was unambiguous. On the basis of the claimant-centred approach endorsed by the majority, Mr. Suberu was more than merely delayed. He was detained, in my opinion.

interceptée. Toutefois, selon la méthode d'analyse que j'ai exposée dans *Grant*, le but et l'intention du policier auraient pu mitiger en l'espèce la conclusion selon laquelle il y avait détention, malgré la nature péremptoire de l'ordre donné par l'agent Roughley et malgré le fait que M. Suberu ignorait ce que savaient les policiers et à quel moment ils l'avaient appris. En somme, le policier ne disposait pas de renseignements suffisants pour savoir si oui ou non M. Suberu était impliqué dans l'infraction, mais il lui a quand même ordonné péremptoirement de rester sur place. Compte tenu de son manque d'information — dont il n'a pas informé M. Suberu —, l'agent avait besoin de temps pour comprendre ce qui se passait avant que M. Suberu puisse être considéré objectivement comme ayant raisonnablement besoin de l'assistance d'un avocat. Dans une situation différente, où les paroles de mise en détention seraient moins fortes et plus ambiguës (peut-être à dessein afin de donner à la personne interpellée un faux sentiment de sécurité), la méthode d'analyse que je privilégie tendrait à jouer en faveur de l'accusé si les policiers croyaient tenir le contrevenant et tentaient d'obtenir des déclarations incriminantes relativement à une infraction précise. Que le résultat soit favorable à la défense ou à la poursuite, le but poursuivi par les policiers et leur compréhension des faits (même inconnus du plaignant) sont importants pour ce qui est de déterminer à quel moment la personne en cause a été mise en détention (ou simplement retenue), le cas échéant. Souvent, c'est le point de vue des policiers, et non celui du plaignant, qui déterminera si le droit à la liberté de la personne interceptée était réellement en jeu.

[62] Plusieurs personnes se trouvaient dans le magasin. Il serait absurde de prétendre qu'on pouvait attendre de l'agent Roughley qu'il ordonne à *toutes ces personnes* de rester sur place, de téléphoner à leur avocat et d'attendre que leur avocat les rappelle pendant qu'il essaierait de tirer la situation au clair sans leur coopération. Cependant, sa sommation *ne* s'adressait *pas* à tous, mais uniquement à M. Suberu. La directive du policier n'était pas ambiguë. Selon l'approche centrée sur le plaignant adoptée par la majorité, M. Suberu n'était pas seulement retenu. À mon avis, il était détenu.

VI

[63] If the Attorney General believes that the police require additional flexibility to deal with everyday police work, the government will have to attempt to organize a s. 1 justification for a limitation "prescribed by law" on an individual's s. 10(*b*) rights that is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society". This option was raised by the various Attorneys General in this case, but not explored in evidence or in argument to the extent necessary to permit adjudication of the point.

[64] I would allow the appeal. Applying the three avenues of s. 24(2) analysis set out in *Grant* I would exclude Mr. Suberu's self-incriminating statements. However, in light of the articles found in the van, the evidence of prosecution witnesses and the Crown evidence against Mr. Suberu, I would not enter an acquittal but would order a new trial on all charges.

The following are the reasons delivered by

[65] FISH J. (dissenting) — I agree with the test for detention under ss. 9 and 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* set out by the Chief Justice and Charron J. in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, released concurrently. Applying that test here, I agree with Justice Binnie that Mr. Suberu was detained when he made his incriminating statement to Constable Roughley. As Justice Binnie explains at para. 53, "[n]o rational person in Mr. Suberu's position would have thought that he was free to walk away or that the police would have let him go, had he tried."

[66] Upon detention, Mr. Suberu was not given his rights under s. 10 of the *Charter*. Pursuant to the s. 24(2) analytical framework established by *Grant*, Mr. Suberu's statement should have been

VI

[63] Si le procureur général croit que les policiers ont besoin d'une plus grande latitude pour accomplir leur travail quotidien, le gouvernement devra tenter de concevoir un moyen conforme à l'article premier de restreindre les droits garantis par l'al. 10*b*), « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». En l'espèce, les différents procureurs généraux ont évoqué cette possibilité, mais elle n'a pas été suffisamment traitée dans la preuve ou dans les plaidoiries pour qu'il soit possible de trancher la question.

[64] Je suis d'avis d'accueillir l'appel. L'application des trois volets de l'analyse requise par le par. 24(2) tels qu'ils ont été décrits dans *Grant* m'amènerait à exclure les déclarations incriminantes faites par M. Suberu. Toutefois, compte tenu des articles trouvés dans la fourgonnette, des dépositions des témoins de la poursuite et de la preuve du ministère public contre M. Suberu, je m'abstiendrais d'inscrire un acquittement et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès relativement à toutes les accusations.

Version française des motifs rendus par

[65] LE JUGE FISH (dissident) — Je souscris au test servant à déterminer s'il y a détention pour l'application des art. 9 et 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* tel que l'ont énoncé la Juge en chef et la juge Charron dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, rendu simultanément. Je suis d'accord avec le juge Binnie pour dire que, selon ce test, M. Suberu était détenu au moment où il a fait sa déclaration incriminante à l'agent Roughley. Comme l'explique le juge Binnie (au par. 53), « [a]ucune personne sensée se trouvant dans la situation de M. Suberu n'aurait cru qu'il était libre de partir ni n'aurait pensé que le policier l'aurait laissé faire s'il avait tenté de s'en aller. »

[66] Au moment de la mise en détention de M. Suberu, les droits que lui garantit l'art. 10 de la *Charte* n'ont pas été respectés. Selon la grille d'analyse établie dans *Grant* pour l'application du

excluded at trial. Without that statement, his conviction cannot stand.

[67] In view of the remaining evidence, however, I would decline to enter an acquittal and would instead order a new trial.

Appeal dismissed, BINNIE *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Schreck & Greene, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Waxman, Dorval & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

par. 24(2), la déclaration de M. Suberu aurait dû être exclue au procès. Sans cette déclaration, sa condamnation ne peut être maintenue.

[67] Compte tenu du reste de la preuve, je m'abstiendrais cependant d'inscrire un acquittement et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Schreck & Greene, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Waxman, Dorval & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Toronto.

Bradley Harrison *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Civil Liberties Association and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Bradley Harrison *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des libertés civiles et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. HARRISON

Neutral citation: 2009 SCC 34.

File No.: 32487.

2008: December 9; 2009: July 17.

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

RÉPERTORIÉ : R. c. HARRISON

Référence neutre : 2009 CSC 34.

N° du greffe : 32487.

2008 : 9 décembre; 2009 : 17 juillet.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Police officer stopping and searching accused's rental vehicle — Cocaine found and accused charged with trafficking — Trial judge finding breaches of accused's constitutional rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure, but concluding that evidence should not be excluded — Accused convicted — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused and his friend were driving a rented sports utility vehicle from Vancouver to Toronto. In Ontario, a police officer on highway patrol noticed that the vehicle had no front licence plate. Only after activating his roof lights to pull it over did he realize that, because it was registered in Alberta, the vehicle did not require a front licence plate. The officer was informed by radio dispatch that the vehicle had been rented at the Vancouver airport. Even though he had no grounds to believe that any offence was being

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Un policier a arrêté et fouillé le véhicule loué de l'accusé — De la cocaïne a été trouvée et l'accusé a été inculpé de trafic — Le juge du procès a conclu à des violations des droits constitutionnels de l'accusé le protégeant contre la détention arbitraire et contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, mais il a jugé que les éléments de preuve ne devaient pas être écartés — L'accusé a été déclaré coupable — L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé permettant de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être écartés — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé et son ami faisaient le trajet de Vancouver à Toronto à bord d'un véhicule utilitaire sport loué. En Ontario, un policier qui effectuait une patrouille sur l'autoroute a remarqué que le véhicule n'avait pas de plaque d'immatriculation à l'avant. Ce n'est qu'après avoir allumé ses gyrophares pour l'intercepter que l'agent en question s'est rendu compte que, comme il était immatriculé en Alberta, le véhicule n'avait pas à être muni d'une plaque d'immatriculation à l'avant. Le policier a été informé par radio du fait que le véhicule

committed, the officer testified at trial that abandoning the detention might have affected the integrity of the police in the eyes of observers. The officer's suspicions seem to have been aroused from the beginning of this encounter. He arrested the accused after discovering that his driver's licence had been suspended. The officer then proceeded to search the vehicle. He found two cardboard boxes containing 35 kg of cocaine. On a *voir dire*, the trial judge held that the initial detention of the accused was premised on a mere hunch or suspicion rather than reasonable grounds and therefore constituted an arbitrary detention, contrary to s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He further held that the warrantless search of the vehicle was unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In the analysis pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, the trial judge found that the violations were serious and that the officer's explanations for stopping the vehicle defied credibility. However, in view of the seriousness of the offence charged and the importance of the evidence to the Crown's case, he admitted the cocaine into evidence on the grounds that the repute of the administration of justice would suffer more from its exclusion than from its admission. The accused was convicted of trafficking. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the trial judge's decision to admit the evidence and affirmed the accused's conviction.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed and an acquittal entered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The *Charter* breaches in this case are clear, the sole issue being whether the cocaine was properly admitted into evidence. Based on the revised framework set out in *Grant*, the three lines of inquiry relevant to determining whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute are: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. When the framework is applied to the facts of this case, the balancing of the factors favours exclusion of the evidence. The conduct of the police that led to the *Charter* breaches represented a blatant disregard for *Charter* rights, further aggravated by the officer's misleading testimony at trial. The deprivation of liberty and privacy represented by the unconstitutional detention and search was a significant, although not egregious, intrusion on the accused's *Charter*-protected

avait été loué à l'aéroport de Vancouver. Bien qu'il n'ait eu aucun motif de croire à la perpétration d'une infraction, le policier a déclaré au procès que l'abandon de la détention aurait pu porter atteinte à l'intégrité de la police aux yeux des témoins. Le policier a eu des soupçons dès le début de son contact avec l'accusé. Il a arrêté l'accusé après avoir découvert que le permis de conduire de ce dernier avait été suspendu. L'agent a ensuite procédé à la fouille du véhicule. Il a trouvé deux boîtes de carton contenant 35 kg de cocaïne. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a statué que la détention initiale de l'accusé découlait d'une simple intuition ou d'un simple soupçon plutôt que de motifs raisonnables et qu'elle constituait donc une détention arbitraire, interdite par l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a également conclu que la fouille sans mandat du véhicule avait été abusive au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte*, le juge du procès a conclu que les violations étaient graves et que les explications que l'agent a données pour avoir intercepté le véhicule étaient peu crédibles. Toutefois, compte tenu de la gravité de l'infraction reprochée et de l'importance des éléments de preuve pour la preuve du ministère public, il a admis la cocaïne jugeant que son exclusion déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission. L'accusé a été déclaré coupable de trafic. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a confirmé la décision du juge du procès d'admettre la preuve et la déclaration de culpabilité de l'accusé.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquittement est inscrit.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : En l'espèce, les violations de la *Charte* sont évidentes. La seule question à trancher est celle de savoir si la cocaïne a été admise en preuve à bon droit. Compte tenu du cadre d'analyse révisé énoncé dans *Grant*, les trois questions qu'il convient d'examiner pour déterminer si l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice sont les suivantes : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. En appliquant aux faits de l'espèce ce cadre d'analyse, la mise en balance des facteurs milite en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. La conduite du policier ayant mené aux violations de la *Charte* témoignait d'un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte*, mépris qui a été aggravé par le témoignage trompeur qu'il a livré lors du procès. La privation des droits à la liberté et à la vie privée qui

interests. On the other hand, the drugs seized constituted highly reliable evidence tendered on a very serious charge. However, the seriousness of the offence and the reliability of the evidence, while important, do not in this case outweigh the factors pointing to exclusion. To appear to condone wilful and flagrant *Charter* breaches amounting to a significant incursion on the accused's rights does not enhance, but rather undermines, the long-term repute of the administration of justice. The trial judge's reasoning transformed the s. 24(2) analysis into a simple contest between the degree of the police misconduct and the seriousness of the offence. He placed undue emphasis on the third line of inquiry while neglecting the importance of the other two, particularly the need to dissociate the justice system from flagrant breaches of *Charter* rights. Because the evidence in question was essential to the Crown's case, the accused should be acquitted. The price paid by society for an acquittal in these circumstances is outweighed by the importance of maintaining *Charter* standards. Police officers are expected to adhere to higher standards than alleged criminals. [1-2] [20-21] [27] [32-34] [37-39] [41-43]

a découlé de la détention et de la fouille inconstitutionnelles constituait donc une atteinte grave, sans être des plus extrêmes, aux droits garantis à l'accusé par la *Charte*. En revanche, la drogue saisie constitue un élément de preuve extrêmement fiable, qui a été produit relativement à une accusation très grave. Cela étant dit, la gravité de l'infraction et la fiabilité des éléments de preuve, bien qu'elles soient des éléments importants, ne l'emportent pas, en l'espèce, sur les facteurs qui favorisent l'exclusion. L'apparence de tolérance de violations volontaires et flagrantes de la *Charte* constituant une atteinte importante aux droits de l'accusé ne favorise pas la considération à long terme de l'administration de la justice; au contraire, elle lui nuit. Le juge du procès a transformé l'analyse requise par le par. 24(2) en une simple mise en opposition entre la gravité de l'inconduite du policier et celle de l'infraction. Il a accordé trop de poids à la troisième question tout en négligeant l'importance des deux autres, particulièrement de celle relative à la nécessité pour le système de justice de se dissocier des violations flagrantes des droits protégés par la *Charte*. Puisque les éléments de preuve en question étaient essentiels à la preuve du ministère public, l'accusé doit être acquitté. L'importance de respecter les normes prescrites par la *Charte* l'emporte sur le prix à payer par la société pour un acquittement. On s'attend de la police qu'elle adhère à des normes plus élevées que celles auxquelles adhèrent des présumés criminels. [1-2] [20-21] [27] [32-34] [37-39] [41-43]

Per Deschamps J. (dissenting): To determine whether the repute of the administration of justice will be better protected by admitting or excluding evidence, it is necessary to analyse, on the one hand, the societal interest in protecting constitutional rights and, on the other hand, the societal interest in an adjudication on the merits. These two branches are sufficient to encompass all the circumstances relevant to the analysis required by s. 24(2). [50]

La juge Deschamps (dissidente) : Pour déterminer si la considération à l'égard de l'administration de la justice sera mieux préservée par l'admission ou par l'exclusion de la preuve, il faut analyser, d'une part, l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels et, d'autre part, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Ces deux volets sont suffisants pour englober toutes les circonstances pertinentes à l'analyse requise par le par. 24(2). [50]

At the first stage of the analysis, the impact of the violation on the *Charter*-protected interests must be assessed. Regarding the deprivation of liberty, the accused was stopped in a vehicle on a highway, and not in a private place. The officer was not aggressive and did not impair the dignity of the accused or of his passenger, and the detention was brief. Even though the officer had no reasonable suspicion that justified stopping the vehicle, the continuation of the detention and the search took place only after the officer's suspicion had been aroused by signs he knew, because of his training, to correspond to practices of drug traffickers. Regarding the expectation of privacy, the search was conducted in a vehicle rented by a third party that was travelling on a public highway, and the accused said that

À la première étape de l'analyse, il y a lieu d'évaluer l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. En ce qui a trait à l'atteinte à la liberté, l'interception s'est faite dans un véhicule, sur la grande route et non pas dans un endroit privé. Le policier n'a pas montré d'agressivité ni porté atteinte à la dignité de l'accusé ou du passager, et la détention a été de courte durée. Même si le policier n'avait aucun soupçon raisonnable l'autorisant à intercepter le véhicule, la continuation de la détention et la perquisition n'ont eu lieu qu'après que les soupçons du policier eurent été éveillés par des indices qu'il savait, en raison de sa formation, correspondre à des pratiques suivies par les trafiquants de drogue. Pour ce qui est de l'attente en matière de vie privée, la perquisition a été faite dans un véhicule loué par un tiers

neither the boxes in the vehicle nor their contents were his. Furthermore, the officer did not plan the unjustified stop, nor was he motivated by malice or bad faith. Thus, it is clear from the objective facts and the circumstances of this case that the violation of the rights of the accused did not have a serious impact on the *Charter*-protected interests. The trial judge's rejection of the officer's testimony is irrelevant to the protection against unreasonable search and seizure. The accused was not detained longer, nor were his rights infringed further during the stop and the search, because of this testimony. [49] [51] [58-59] [61-62] [64] [66]

In assessing the public interest in an adjudication on the merits, the most significant factors are the reliability of the evidence obtained in violation of the protected rights, the importance of that evidence and the seriousness of the offence with which the accused is charged. On the basis of these three factors, the public interest in an adjudication on the merits is situated practically at the highest point of the spectrum where importance is concerned. The evidence is highly reliable, and the trial could not have been conducted without it; furthermore, crimes involving "hard" drugs, and particularly those linked to trafficking, have systematically been found to be serious. [68-69]

The analysis required by s. 24(2) cannot be limited to the fact that the officer lacked reasonable grounds for the detention and search. His conduct must be recognized for what it was: an error in judgment with which the court does not want to be associated. When the relevant interests are weighed against each other, the necessary conclusion is that this is a case in which the public interest in an adjudication on the merits is paramount. To exclude the evidence would have a negative effect on the confidence of an objective person, fully informed of all the circumstances, in the administration of justice. [72-73]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; **referred to:** *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Puskas* (1997), 120 C.C.C. (3d) 548; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14.

By Deschamps J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mann*, 2004 SCC

qui roulait sur une voie publique et l'accusé s'est dissocié des boîtes trouvées dans le véhicule et de leur contenu. De plus, l'interception injustifiée du véhicule n'était pas délibérée ni motivée par la malveillance ou la mauvaise foi du policier. Les faits objectifs et les circonstances de l'espèce indiquent donc clairement que la violation des droits de l'accusé n'a pas eu d'incidence grave sur les intérêts protégés par la *Charte*. Le rejet du témoignage du policier par le juge du procès n'a aucune incidence sur la protection contre la détention et les saisies abusives. L'accusé n'a pas été détenu plus longtemps et ses droits lors de l'interpellation et de la perquisition n'ont pas subi d'atteinte additionnelle en raison de ce témoignage. [49] [51] [58-59] [61-62] [64] [66]

Dans l'évaluation de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, les facteurs les plus significatifs sont la fiabilité de la preuve obtenue en violation des droits protégés, son importance et la gravité de l'infraction reprochée. Selon ces trois facteurs, l'intérêt public à ce que l'affaire soit jugée au fond se situe pratiquement au sommet de l'échelle d'importance. La preuve est très fiable, et indispensable à la tenue du procès, et les crimes reliés aux drogues « dures », particulièrement ceux liés au trafic, sont systématiquement qualifiés de graves. [68-69]

L'analyse requise par le par. 24(2) ne peut se limiter au fait que le policier n'avait pas de motifs raisonnables pouvant justifier la détention et la perquisition. Sa conduite doit être reconnue pour ce qu'elle est : une erreur de jugement à laquelle le tribunal ne veut pas s'associer. Lorsqu'on pondère les intérêts pertinents, il faut conclure qu'il s'agit d'un cas où l'intérêt du public dans la poursuite du procès doit primer. L'exclusion de la preuve aurait un effet négatif sur la considération qu'une personne objective et bien informée de toutes les circonstances aurait pour l'administration de la justice. [72-73]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Puskas* (1997), 120 C.C.C. (3d) 548; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52,

52, [2004] 3 S.C.R. 59; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O. and MacPherson and Cronk JJ.A.), 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, 55 C.R. (6th) 39, 231 C.C.C. (3d) 118, 233 O.A.C. 211, 167 C.R.R. (2d) 291, [2008] O.J. No. 427 (QL), 2008 CarswellOnt 591, upholding the accused's conviction entered by Karam J., 2006 CarswellOnt 9525. Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Marie Henein and *Jordan Glick*, for the appellant.

James C. Martin and *Rick Visca*, for the respondent.

Michal Fairburn and *Tracy Stapleton*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jonathan Dawe, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Scott K. Fenton, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

[1] THE CHIEF JUSTICE — The sole issue on this appeal is whether 35 kg of cocaine, discovered as a result of an unconstitutional detention and search, should have been admitted into evidence against the appellant at trial. The trial judge admitted the evidence and convicted the appellant of trafficking in cocaine. The Court of

[2004] 3 R.C.S. 59; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges MacPherson et Cronk), 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, 55 C.R. (6th) 39, 231 C.C.C. (3d) 118, 233 O.A.C. 211, 167 C.R.R. (2d) 291, [2008] O.J. No. 427 (QL), 2008 CarswellOnt 591, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé inscrite par le juge Karam, 2006 CarswellOnt 9525. Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Marie Henein et *Jordan Glick*, pour l'appelant.

James C. Martin et *Rick Visca*, pour l'intimée.

Michal Fairburn et *Tracy Stapleton*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jonathan Dawe, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Scott K. Fenton, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

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

[1] LA JUGE EN CHEF — La seule question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les 35 kg de cocaïne, découverts à la suite d'une détention et d'une fouille inconstitutionnelles, auraient dû être admis en preuve contre l'appelant au procès. Le juge de première instance les a admis en preuve et a déclaré l'appelant coupable

Appeal majority upheld the conviction, Cronk J.A. dissenting.

[2] In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, released concurrently, we develop a revised framework for determining whether evidence obtained in breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* must be excluded under s. 24(2). We identify three avenues of inquiry which should guide courts in the delicate balancing exercise mandated by that section: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. This case illustrates the difficult choices that courts are forced to make when these factors pull strongly in opposite directions. Here, the high public interest in reaching a determination on the merits of the charge is in tension with the need to dissociate the justice system from patently unconstitutional conduct by state authorities in obtaining the evidence.

[3] Applying the framework in *Grant* to these facts, I am satisfied that the balance mandated by s. 24(2) favours exclusion of the evidence. It is true that the public interest in having the case adjudicated on its merits favours the admission of the evidence, particularly in light of its reliability. On the other hand, the impact on the accused's rights, while not egregious, was significant. Bulking even larger, however, was the police misconduct involved in obtaining the evidence. This was far from a technical or trivial breach. Rather, it involved a "brazen and flagrant" disregard, to quote the trial judge, of the appellant's *Charter* rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure. These are protections that law-abiding Canadians take for granted and courts must play a role in safeguarding them even where the beneficiaries are involved in unlawful activity. In the circumstances of this case, it is my view that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I conclude that the evidence should have been excluded pursuant to s. 24(2) of

de trafic de cocaïne. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité; la juge Cronk a rédigé une dissidence.

[2] Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, rendu simultanément, nous élaborons un cadre d'analyse révisé permettant de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent être écartés en application du par. 24(2). Nous identifions trois pistes de réflexion qui devraient guider les tribunaux dans l'exercice délicat de mise en balance que requiert ce paragraphe : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. La présente cause met en lumière les choix difficiles que doivent faire les tribunaux lorsque ces facteurs tendent à des résultats diamétralement opposés. En l'espèce, l'intérêt élevé du public à ce que l'accusation soit jugée au fond va à l'encontre de la nécessité que le système de justice se dissocie d'une conduite manifestement inconstitutionnelle adoptée par les autorités publiques pour obtenir des éléments de preuve.

[3] En appliquant aux faits de l'espèce le cadre d'analyse élaboré dans *Grant*, je suis convaincue que la mise en balance requise par le par. 24(2) milite en faveur de l'exclusion des éléments de preuve. S'il est vrai que l'intérêt du public à ce que la cause soit jugée au fond milite en faveur de l'admission des éléments de preuve, surtout compte tenu de leur fiabilité, l'incidence des violations sur les droits de l'accusé, sans être des plus extrêmes, était grave. Ce qui pèse toutefois plus lourd dans la balance, c'est l'inconduite des policiers ayant mené à l'obtention des éléments de preuve, inconduite qui était loin de constituer une violation technique ou anodine. Au contraire, comme l'a dit le juge de première instance, elle dénotait un mépris [TRADUCTION] « éhonté et flagrant » des droits de l'appelant, garantis par la *Charte*, à la protection contre la détention arbitraire et contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il s'agit de garanties que les Canadiens respectueux des lois tiennent pour acquises et il incombe aux tribunaux de les protéger, même lorsque ceux qui en

the *Charter*. I would therefore allow the appeal and enter an acquittal.

1. Facts

[4] On October 24, 2004, the appellant and his friend Sean Friesen were driving a Dodge Durango sports utility vehicle ("SUV") near Kirkland Lake, Ontario. They had rented the vehicle at Vancouver International Airport two days earlier and were on their way from Vancouver to Toronto. Although they had been sharing driving duties, the appellant was at the wheel on this occasion.

[5] Cst. Bertoncello of the Ontario Provincial Police was on highway patrol when he saw the Durango approaching from the opposite direction, traveling at the speed limit of 90 km per hour with a line of eight or nine other vehicles directly behind it. Cst. Bertoncello noticed that the SUV had no front licence plate, which for a car registered in Ontario would constitute an offence. Only after turning around to follow the Durango and activating his roof lights to pull it over did he realize that, because it was registered in Alberta, the vehicle did not require a front licence plate. Cst. Bertoncello was informed by radio dispatch that the vehicle had been rented at the Vancouver airport. Even though he had no grounds to believe that any offence was being committed, the officer testified that he decided to pull the Durango over anyway because abandoning the detention may have affected the integrity of the police in the eyes of observers.

[6] Cst. Bertoncello's suspicions seem to have been aroused from the beginning of this encounter. He observed that the car was littered with food and drink containers and had a "lived-in look", suggesting to him that the appellant and Friesen had

bénéficient sont impliqués dans des activités illégales. Compte tenu des circonstances de l'espèce, j'estime que l'admission des éléments de preuve en cause serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'arrive à la conclusion que les éléments de preuve auraient dû être écartés en application du par. 24(2) de la *Charte*. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'inscrire un verdict d'acquittement.

1. Les faits

[4] Le 24 octobre 2004, l'appelant et son ami, Sean Friesen, circulaient près de Kirkland Lake en Ontario, à bord d'un véhicule utilitaire sport (« VUS ») Dodge Durango. Ils avaient loué ce véhicule à l'aéroport international de Vancouver deux jours plus tôt et se rendaient de Vancouver à Toronto. Ils conduisaient à tour de rôle, mais l'appelant était au volant au moment des faits.

[5] L'agent Bertoncello de la Police provinciale de l'Ontario effectuait une patrouille lorsqu'il a vu le Durango s'approcher en sens inverse, roulant à la vitesse permise de 90 km/h, une file de huit ou neuf autres véhicules juste derrière lui. L'agent Bertoncello a remarqué que le VUS n'avait pas de plaque d'immatriculation à l'avant, ce qui constitue une infraction pour une voiture immatriculée en Ontario. Ce n'est qu'après avoir fait demi-tour pour suivre le Durango et avoir allumé ses gyrophares pour l'intercepter que l'agent Bertoncello s'est rendu compte que, comme il était immatriculé en Alberta, le véhicule n'avait pas à être muni d'une plaque d'immatriculation à l'avant. Il a été informé par radio du fait que le véhicule avait été loué à l'aéroport de Vancouver. Bien qu'il n'ait eu aucun motif de croire à la perpétration d'une infraction, le policier a déclaré qu'il avait tout de même décidé d'intercepter le Durango parce que l'abandon de la détention aurait pu porter atteinte à l'intégrité de la police aux yeux des témoins.

[6] L'agent Bertoncello semble avoir eu des soupçons dès le début de son contact avec l'accusé. Il a remarqué que des contenants vides de nourriture et de boissons traînaient dans la voiture et que cette dernière avait [TRADUCTION] « l'air habité », ce qui

been traveling straight through from Vancouver. He knew that rental cars are often used to courier drugs because of the risk that the car could be confiscated by the state if apprehended. Additionally, in the officer's experience, it was rare for someone to be driving that stretch of highway at exactly the speed limit, as the appellant had been. Questioned separately, the appellant and Friesen gave stories that seemed to be contradictory.

lui a donné à penser que l'appelant et M. Friesen avaient roulé d'une seule traite depuis Vancouver. Il savait que les voitures de location servent souvent à transporter des stupéfiants à cause du risque que la voiture soit confisquée par l'État en cas d'arrestation. En outre, selon l'expérience de l'agent, il est rare que quelqu'un conduise sur ce tronçon de route exactement à la vitesse permise, comme l'a fait l'appelant. Interrogés séparément, l'appelant et M. Friesen ont donné deux versions des événements qui semblaient contradictoires.

[7] The appellant identified himself accurately and produced the vehicle's registration, insurance, and rental agreement. He was, however, unable to find his driver's licence, explaining that he might have left it in Vancouver. Cst. Bertoncello ran computer checks on both occupants of the SUV and learned that the appellant's licence was under suspension. He therefore arrested the appellant for driving while suspended.

[7] L'appelant a décliné sa véritable identité. Il a produit le certificat d'immatriculation et la preuve d'assurance du véhicule, ainsi que le contrat de location. Cependant, il n'a pas réussi à trouver son permis de conduire et a expliqué qu'il était possible qu'il l'ait laissé à Vancouver. L'agent Bertoncello a effectué une vérification par ordinateur relative aux deux occupants du VUS et a appris que le permis de conduire de l'appelant était suspendu. Il a donc arrêté ce dernier pour conduite avec un permis suspendu.

[8] With the appellant under arrest, Cst. Bertoncello asked him and Friesen whether there were any drugs or weapons in the vehicle. They both answered in the negative. Other officers soon arrived on the scene. Cst. Bertoncello proceeded to search the SUV "incident to arrest", ostensibly for the appellant's missing driver's licence, even though its whereabouts was irrelevant to the charge of driving while suspended. He began his search in the rear cargo area, which contained (among other things) two cardboard boxes which were taped shut. When asked, Friesen claimed that the boxes contained dishes and books for his mother. However, according to Cst. Bertoncello, the look and feel of the boxes belied this explanation. When asked again whether there were any drugs or weapons in the box, Friesen looked very nervous and said "yeah", then said he did not know.

[8] Après avoir mis l'appelant en état d'arrestation, l'agent Bertoncello lui a demandé, ainsi qu'à M. Friesen, s'il y avait des stupéfiants ou des armes dans le véhicule. Ils ont tous deux répondu par la négative. D'autres policiers sont rapidement arrivés sur les lieux. L'agent Bertoncello a procédé à la fouille « accessoire à une arrestation » du VUS, soi-disant pour trouver le permis de conduire de l'appelant, même si l'endroit où celui-ci se trouvait n'avait rien à voir avec l'accusation de conduite avec un permis suspendu. Il a commencé par fouiller l'espace à bagages à l'arrière du véhicule. Celui-ci contenait, entre autres choses, deux boîtes de carton scellées avec du ruban adhésif. Lorsqu'on l'a interrogé à ce sujet, M. Friesen a affirmé que les boîtes contenaient de la vaisselle et des livres pour sa mère. Cependant, selon l'agent Bertoncello, l'aspect des boîtes contredisait cette explication. Lorsqu'on lui a demandé de nouveau s'il y avait des stupéfiants ou des armes dans les boîtes, M. Friesen semblait très nerveux et a répondu [TRADUCTION] « ouais », puis a dit qu'il n'en savait rien.

[9] One of the boxes was opened and found to contain bricks of a white substance, which turned

[9] Une des boîtes a été ouverte. Il s'est avéré qu'elle contenait des briques d'une substance

out to be cocaine. Friesen was arrested, and the appellant was held on the drug charge as well. In all, 35 kg of cocaine was discovered in the SUV.

[10] The appellant's conviction or acquittal hinged primarily on the admissibility of the cocaine.

2. Judgments Below

(a) *Ontario Superior Court of Justice*

[11] On a *voir dire*, Karam J. held that the initial detention of the appellant was premised on a mere hunch or suspicion rather than reasonable grounds within the meaning of *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59. It therefore constituted an arbitrary detention, contrary to s. 9 of the *Charter*. The trial judge further held that the warrantless search of the vehicle was not incident to the appellant's arrest for driving while suspended because the officer was not "attempting to achieve some valid purpose connected to the arrest", as required by *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 19, *per* Lamer C.J. The search was therefore without legal authorization, rendering it unreasonable within the meaning of s. 8. With those *Charter* violations established, the question before the trial judge was whether the cocaine should be excluded from evidence under s. 24(2).

[12] The trial judge conducted the s. 24(2) analysis according to the test laid out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Since the cocaine was not conscriptive (self-incriminatory) evidence, the analysis centered on the second and third *Collins* factors: the seriousness of the breach and the effect of exclusion. On the seriousness of the breach, the trial judge took a dim view of the officer's conduct in stopping and searching the SUV. He found that the officer's intention throughout the encounter "was to take whatever steps were necessary to determine whether his suspicions were correct", notwithstanding the lack of any legal basis for the stop or search. This led the judge to conclude that the officer's

blanche qui s'est révélée être de la cocaïne. M. Friesen a été arrêté. L'appelant a lui aussi été détenu en raison de la présence de stupéfiants. En tout, 35 kg de cocaïne ont été découverts dans le VUS.

[10] La déclaration de culpabilité de l'appelant ou son acquittement dépendait essentiellement de l'admissibilité en preuve de la cocaïne.

2. Les décisions des juridictions inférieures

a) *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

[11] À la suite d'un voir-dire, le juge Karam a statué que la détention initiale de l'appelant découlait d'une simple intuition ou d'un simple soupçon plutôt que de motifs raisonnables au sens de l'arrêt *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59. Elle constituait donc une détention arbitraire, interdite par l'art. 9 de la *Charte*. Le juge de première instance a également conclu que la fouille sans mandat du véhicule n'était pas accessoire à l'arrestation de l'appelant pour conduite avec un permis suspendu, car le policier n'avait pas « tent[é] de réaliser un objectif valable lié à l'arrestation », comme l'exige l'arrêt *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 19, le juge en chef Lamer. La fouille a donc été effectuée sans autorisation légale, ce qui la rendait abusive au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 8. Ces violations de la *Charte* étant établies, il incombait au juge de première instance de déterminer si la cocaïne devait être écartée de la preuve en application du par. 24(2).

[12] Le juge de première instance a effectué l'analyse requise par le par. 24(2) conformément au test formulé dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Comme la cocaïne ne constituait pas une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même (auto-incriminante), l'analyse a porté principalement sur les deuxième et troisième facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* : la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion de la preuve. En ce qui concerne la gravité de la violation, le juge de première instance a vu d'un mauvais œil la conduite du policier lors de l'interception et de la fouille du VUS. Il a conclu que, pendant toute l'interaction, même si l'interception ou la fouille ont été

actions "can only be described as brazen and flagrant". Moreover, the officer's in-court explanations for stopping the vehicle were "contrived and defy credibility". While this was not the most egregious set of circumstances conceivable — there was no violence used, for example — the *Charter* breaches were nonetheless "extremely serious".

[13] On the effect of exclusion on the repute of the justice system, the trial judge considered the seriousness of the offence charged and the importance of the evidence to the Crown's case. He noted that the charge was extremely serious (given the large quantity of cocaine involved) and that the Crown would have no case without the evidence. He adopted the following statement of Moldaver J.A. from *R. v. Puskas* (1997), 120 C.C.C. (3d) 548 (Ont. C.A.), at para. 25:

> To exclude the evidence under these circumstances, where the guilt of the respondent for a serious offence is clearly established by real evidence and where the exclusion of the evidence would result in his acquittal, would, in my opinion, have a greater negative effect on the repute of justice than its admission.

In the trial judge's view, these comments applied to the case before him. As brazen as the arresting officer's actions were, according to the trial judge "they pale in comparison to the criminality involved in the possession for the purposes of distribution of 77 pounds of cocaine, if such is proven". He therefore admitted the cocaine into evidence on the grounds that the repute of the administration of justice would suffer more from its exclusion than from its admission.

[14] Friesen was acquitted mid-trial on the basis that the vehicle rental agreement in his name was

effectuées sans aucun fondement juridique, l'agent cherchait à [TRADUCTION] « prendre toutes les mesures nécessaires pour déterminer si ses soupçons étaient justifiés ». Le juge a donc conclu que l'inconduite du policier [TRADUCTION] « ne peut être qualifiée que d'éhontée et de flagrante ». En outre, les explications que l'agent a données devant le tribunal pour avoir intercepté le véhicule étaient [TRADUCTION] « boiteuses et peu crédibles ». Même si ce ne sont pas les faits les plus outranciers que l'on puisse imaginer — puisque, par exemple, il n'y a pas eu recours à la violence — les violations de la *Charte* ont été néanmoins [TRADUCTION] « extrêmement graves ».

[13] En ce qui concerne l'effet de l'exclusion des éléments de preuve sur la considération dont jouit le système de justice, le juge de première instance a tenu compte de la gravité de l'infraction reprochée et de l'importance des éléments de preuve pour la preuve du ministère public. Il a fait remarquer que l'accusation était extrêmement grave (vu la grande quantité de cocaïne en cause) et que le ministère public ne disposerait d'aucune preuve sans ces éléments. Il a fait sienne la déclaration suivante du juge Moldaver dans l'arrêt *R. c. Puskas* (1997), 120 C.C.C. (3d) 548 (C.A. Ont.), par. 25 :

> [TRADUCTION] À mon avis, dans des circonstances où la culpabilité de l'intimé au regard d'une infraction grave est clairement établie par des éléments de preuve matérielle et où leur exclusion entraînerait son acquittement, l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait davantage la justice que leur admission.

Selon le juge de première instance, ces commentaires s'appliquaient à l'affaire dont il était saisi. En effet, aussi éhontée qu'ait pu être la conduite du policier qui a procédé à l'arrestation, le juge de première instance a estimé qu'[TRADUCTION] « elle paraît bien dérisoire par rapport au degré de criminalité rattaché à la possession de 77 livres de cocaïne en vue d'en faire la distribution, si ce fait est prouvé ». En conséquence, il a admis la cocaïne en preuve jugeant que son exclusion déconsidérerait davantage l'administration de la justice que son admission.

[14] Monsieur Friesen a été acquitté à mi-procès au motif que le contrat de location de la voiture fait

hearsay and, as a result, the Crown could not prove possession. The appellant took the stand in his own defence and offered an explanation for the presence of the cocaine in the SUV that was, according to the trial judge, "so unlikely and incredible that I find that I must reject it entirely" (2006 CarswellOnt 9525, at para. 12). He therefore found the appellant to have been in possession of the cocaine and convicted him of the trafficking charge.

(b) *Ontario Court of Appeal*

[15] The Court of Appeal split on the application of s. 24(2): 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161. Writing jointly, O'Connor A.C.J.O. and MacPherson J.A. upheld the trial judge's decision to admit the evidence.

[16] The majority acknowledged and endorsed the trial judge's finding that the *Charter* breaches were serious, but pointed to other factors not articulated by the trial judge which mitigated the seriousness of the violations to some extent. Because the officer apparently did not have "a carefully thought out plan or practice to breach the *Charter*", in their view it would be misleading to describe the *Charter* violations as "deliberate" (para. 42). Rather, the relatively inexperienced officer made a serious mistake in the context of an evolving situation. This was the product of an individual officer's flawed decision-making process, not a systemic or institutional pattern of abuse.

[17] The majority further stressed that the violations were not particularly serious from the perspective of the appellant: the detention was brief and not physically coercive and, most importantly, his expectation of privacy in the contents of the SUV was not great. As noted by the majority, courts have repeatedly held that the privacy interest in a vehicle and its contents is lower than in a person's body, home, or office. Moreover, the appellant denied that

à son nom constituait du ouï-dire et que, en conséquence, le ministère public n'était pas en mesure de prouver la possession. L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a donné une explication pour la présence de cocaïne dans le VUS qui, selon le juge de première instance, était [TRADUCTION] « à ce point invraisemblable et inconcevable que j'estime devoir la rejeter entièrement » (2006 CarswellOnt 9525, par. 12). Par conséquent, il a conclu que l'appelant était en possession de la cocaïne et l'a déclaré coupable relativement à l'accusation de trafic.

b) *Cour d'appel de l'Ontario*

[15] Les juges de la Cour d'appel étaient partagés quant à l'application du par. 24(2) : 2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161. Dans des motifs rédigés conjointement, le juge en chef adjoint O'Connor et le juge MacPherson ont confirmé la décision du juge de première instance d'admettre la preuve.

[16] Les juges majoritaires ont tenu compte de la conclusion du juge de première instance selon laquelle les violations de la *Charte* étaient graves et ils y ont souscrit, mais ils ont fait état d'autres facteurs que le juge de première instance n'avait pas énoncés et qui atténuaient dans une certaine mesure la gravité des violations. Comme le policier n'avait apparemment pas [TRADUCTION] « un plan mûrement réfléchi ou une habitude de violer la *Charte* », ils ont estimé qu'il serait erroné de décrire les violations de la *Charte* comme étant [TRADUCTION] « délibérées » (par. 42). Le policier, relativement inexpérimenté, a plutôt commis une grave erreur dans le contexte d'une situation en évolution. C'était le résultat du processus décisionnel déficient d'un seul policier, non d'abus systématiques dans le système ou l'institution.

[17] Les juges majoritaires ont en outre souligné que les violations n'étaient pas particulièrement graves du point de vue de l'appelant : la détention a été brève et sans contrainte physique et, fait plus important encore, ses attentes en matière de vie privée concernant le contenu du VUS n'étaient pas élevées. Comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires, les tribunaux ont statué à maintes reprises que l'attente en matière de vie privée afférente à

the boxes containing the cocaine even belonged to him, further mitigating any violation of his privacy brought about by the search. All this suggested to the majority that the *effects* of the *Charter* breaches on the appellant were relatively minor.

[18] On the effects of exclusion, O'Connor A.C.J.O. and MacPherson J.A. acknowledged that the trial judge's juxtaposition of the officer's misconduct and the appellant's apparent criminality was a "slight mischaracterization" of the balancing required by s. 24(2) but held that it did not rise to an error of law (para. 55). They emphasized that the mere presence of a serious *Charter* breach does not end the s. 24(2) analysis. In their view, the trial judge was entitled to deference on his conclusion that exclusion of the evidence would bring the administration of justice into greater disrepute than admission. Ultimately the majority concluded that this was a "close call" on which reasonable people could disagree, circumstances in which deference to the trial judge is especially necessary (para. 6). They dismissed the appeal.

[19] Cronk J.A. strongly dissented. In her view, the majority's analysis effectively downplayed the trial judge's factual findings on the seriousness of the *Charter* breaches. These breaches were "intentional violations of the appellant's constitutional rights that undermine the integrity of the administration of justice" (para. 84). Cronk J.A. disputed the majority's contention that the effect of the violations on the appellant was minor, pointing to the judge's explicit finding that they were "extremely serious" (para. 79). While she emphasized that these findings on the seriousness of the breach were entitled to deference, she considered the trial judge's

un véhicule et à son contenu est moins grande que celle qu'une personne peut avoir à l'égard de son corps, de sa résidence ou de son lieu de travail. En outre, l'appelant a nié que les boîtes contenant la cocaïne lui appartenaient, ce qui atténuait d'autant plus toute violation de son droit à la vie privée entraînée par la fouille. Tout cela donnait à penser aux juges majoritaires que les *incidences* des violations de la *Charte* sur l'appelant étaient relativement mineures.

[18] En ce qui concerne les incidences de l'exclusion des éléments de preuve, le juge en chef adjoint O'Connor et le juge MacPherson ont reconnu qu'en juxtaposant l'inconduite du policer et la criminalité apparente de l'appelant, le juge de première instance avait commis une [TRADUCTION] « petite erreur de qualification » des facteurs de la mise en balance requise par le par. 24(2), mais ils ont conclu que cela ne constituait pas une erreur de droit (par. 55). Ils ont souligné que la simple existence d'une violation grave de la *Charte* ne met pas fin à l'analyse requise par le par. 24(2). Selon eux, il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait davantage l'administration de la justice que leur admission. En fin de compte, les juges majoritaires ont conclu qu'il s'agissait d'un [TRADUCTION] « cas limite » à l'égard duquel des personnes raisonnables peuvent être en désaccord et que, dans de telles circonstances, la retenue s'impose d'autant plus à l'égard de la décision du juge de première instance (par. 6). Ils ont rejeté l'appel.

[19] La juge Cronk a rédigé une forte dissidence. Selon elle, l'analyse menée par les juges majoritaires a, en fait, minimisé les conclusions de fait du juge de première instance sur la gravité des violations de la *Charte*. Ces violations constituaient des [TRADUCTION] « violations intentionnelles des droits constitutionnels de l'appelant qui minent l'intégrité de l'administration de la justice » (par. 84). La juge Cronk ne partageait pas l'opinion des juges majoritaires portant que l'incidence des violations sur l'appelant était mineure, renvoyant à la conclusion expresse du juge selon laquelle ces violations étaient [TRADUCTION] « extrêmement graves »

ultimate conclusion to be tainted by legal error. In particular, the judge misapplied the third branch of *Collins*, setting up a false contest between the misconduct of the police and the alleged criminality of the accused. According to Cronk J.A., he failed to consider the crucial question: "whether condoning the constitutional misconduct by admitting evidence obtained in violation of important *Charter* rights would do more harm to the integrity of the justice system than would excluding evidence that is essential to the Crown's case against an accused charged with a serious crime" (para. 144). In her view, it would. Accordingly, she would have allowed the appeal and entered an acquittal.

(par. 79). Bien qu'elle ait souligné que ces conclusions sur la gravité de la violation commandaient la déférence, elle était d'avis que la conclusion finale du juge de première instance était entachée d'une erreur de droit. Selon elle, le juge a notamment commis une erreur dans l'application du troisième volet du test énoncé dans *Collins* en opposant à tort l'inconduite de la police et l'acte criminel reproché à l'accusé. Toujours selon la juge Cronk, il n'a pas tenu compte de la question cruciale [TRADUCTION] « de savoir si le fait de tolérer une inconduite constitutionnelle en utilisant des éléments de preuve obtenus en violation de droits importants garantis par la *Charte* déconsidérerait davantage l'intégrité du système de justice que ne le ferait l'exclusion de ces éléments essentiels à la preuve du ministère public contre un accusé inculpé d'un crime grave » (par. 144). La juge Cronk aurait répondu à cette question par l'affirmative. Par conséquent, elle aurait accueilli l'appel et inscrit un acquittement.

3. Analysis

[20] The *Charter* breaches in this case are clear. It is common ground that the appellant's rights under ss. 8 and 9 of the *Charter* were violated by the detention and search, as found by the trial judge. Given that the officer recognized prior to the detention that the appellant's SUV did not require a front licence plate, he should not have made the initial stop. A vague concern for the "integrity" of the police, even if genuine, was clearly an inadequate reason to follow through with the detention. The subsequent search of the SUV was not incidental to the appellant's arrest for driving under a suspension and was likewise in breach of the *Charter*. While an officer's "hunch" is a valuable investigative tool — indeed, here it proved highly accurate — it is no substitute for proper *Charter* standards when interfering with a suspect's liberty.

3. Analyse

[20] En l'espèce, les violations de la *Charte* sont évidentes. Il est bien établi que les droits de l'appelant garantis par les art. 8 et 9 de la *Charte* ont été violés par la détention et la fouille, comme l'a conclu le juge de première instance. Puisque le policier savait, avant la mise en détention, qu'aucune plaque d'immatriculation ne devait légalement être fixée à l'avant du VUS, il n'aurait jamais dû intercepter l'appelant. La vague préoccupation qu'a manifestée le policier pour l'« intégrité » de la police, même si elle était sincère, ne constituait manifestement pas un motif suffisant pour procéder à la mise en détention. La fouille subséquente du VUS n'était pas accessoire à l'arrestation de l'appelant pour conduite avec permis suspendu et constituait, elle aussi, une violation de la *Charte*. Bien que l'« intuition » d'un policier soit un outil d'investigation valable — d'ailleurs, en l'espèce, elle s'est avérée hautement fiable — elle ne peut remplacer les normes prescrites par la *Charte* lorsqu'elle entrave la liberté d'un suspect.

[21] Breaches of the *Charter* established, the question is whether the evidence thereby obtained should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

[21] Maintenant que les violations de la *Charte* sont établies, la question est de savoir si les éléments de preuve ainsi obtenus devraient être écartés

The test set out in s. 24(2) is simply stated: would the admission of the evidence bring the administration of justice into disrepute? *Grant* identifies three lines of inquiry relevant to this determination. Once again, they are: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused; and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. I will discuss each of these in turn.

(a) *Seriousness of the Charter-Infringing State Conduct*

[22] At this stage the court considers the nature of the police conduct that infringed the *Charter* and led to the discovery of the evidence. Did it involve misconduct from which the court should be concerned to dissociate itself? This will be the case where the departure from *Charter* standards was major in degree, or where the police knew (or should have known) that their conduct was not *Charter*-compliant. On the other hand, where the breach was of a merely technical nature or the result of an understandable mistake, dissociation is much less of a concern.

[23] The trial judge found that the police officer's conduct in this case was "brazen", "flagrant" and "extremely serious". The metaphor of a spectrum used in *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., may assist in characterizing police conduct for purposes of this s. 24(2) factor:

> Police conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights. . . . What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct. [Citation omitted; para. 41.]

[24] Here, it is clear that the trial judge considered the *Charter* breaches to be at the serious end of the

en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le critère établi au par. 24(2) est simple : l'utilisation des éléments de preuve serait-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? L'arrêt *Grant* énonce trois pistes de réflexion qu'il convient d'examiner pour répondre à cette question. Les voici à nouveau : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. J'examinerai successivement chacun de ces facteurs.

a) *La gravité de la conduite attentatoire de l'État*

[22] À ce stade, le tribunal saisi de l'affaire examine la nature de la conduite de la police qui a porté atteinte aux droits protégés par la *Charte* et mené à la découverte des éléments de preuve. S'agit-il d'une inconduite dont le tribunal devrait souhaiter se dissocier? C'est le cas si la dérogation aux normes prescrites par la *Charte* était flagrante, ou si le policier savait (ou aurait dû savoir) que sa conduite ne respectait pas la *Charte*. En revanche, si la violation ne consiste qu'en une simple irrégularité ou résulte d'une erreur compréhensible, il n'est pas aussi crucial de s'en dissocier.

[23] Le juge de première instance a conclu que l'inconduite du policier en l'espèce était [TRADUCTION] « éhontée », « flagrante » et « extrêmement grave ». La métaphore du spectre des comportements employée par le juge Doherty dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), peut être utile pour qualifier la conduite de la police dans le cadre de l'analyse de ce facteur dont il faut tenir compte pour l'application du par. 24(2) :

> [TRADUCTION] La conduite de la police peut couvrir tout le spectre des comportements, de la conduite irréprochable à la conduite démontrant un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* en passant par la conduite négligente. [. . .] Ce qui importe, c'est de positionner correctement la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s'arrêter à sa qualification juridique. [Renvoi omis; par. 41.]

[24] En l'espèce, le juge de première instance a manifestement estimé que les violations de la

spectrum. On the facts found by him, this conclusion was a reasonable one. The officer's determination to turn up incriminating evidence blinded him to constitutional requirements of reasonable grounds. While the violations may not have been "deliberate", in the sense of setting out to breach the *Charter*, they were reckless and showed an insufficient regard for *Charter* rights. Exacerbating the situation, the departure from *Charter* standards was major in degree, since reasonable grounds for the initial stop were entirely non-existent.

[25] As pointed out by the majority of the Court of Appeal, there was no evidence of systemic or institutional abuse. However, while evidence of a systemic problem can properly aggravate the seriousness of the breach and weigh in favour of exclusion, the absence of such a problem is hardly a mitigating factor.

[26] I note that the trial judge found the officer's in-court testimony to be misleading. While not part of the *Charter* breach itself, this is properly a factor to consider as part of the first inquiry under the s. 24(2) analysis given the need for a court to dissociate itself from such behaviour. As Cronk J.A. observed, "the integrity of the judicial system and the truth-seeking function of the courts lie at the heart of the admissibility inquiry envisaged under s. 24(2) of the *Charter*. Few actions more directly undermine both of these goals than misleading testimony in court from persons in authority" (para. 160).

[27] In sum, the conduct of the police that led to the *Charter* breaches in this case represented a blatant disregard for *Charter* rights. This disregard for *Charter* rights was aggravated by the officer's

Charte se situaient à l'extrémité du spectre où l'on trouve les atteintes graves. D'après les faits qu'il a constatés, cette conclusion était raisonnable. La volonté tenace du policier de découvrir des éléments de preuve incriminants lui a fait perdre de vue les exigences constitutionnelles relatives aux motifs raisonnables. Bien qu'il soit possible que les violations n'aient pas été « délibérées » — au sens où elles n'ont pas été commises dans le but de contrevenir à la *Charte* —, elles relevaient de l'imprudence et témoignaient d'un manque de respect à l'égard des droits garantis par la *Charte*. Qui plus est, la dérogation aux normes prescrites par la *Charte* était flagrante, puisqu'absolument aucun motif raisonnable ne permettait au policier d'intercepter initialement le véhicule de l'appelant.

[25] Comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel, aucun élément de preuve ne permettait de conclure à l'existence d'abus systémique ou institutionnel. Or, même si la preuve d'un problème systémique peut à juste titre amplifier la gravité de la violation et militer en faveur de l'exclusion des éléments de preuve, l'absence d'un tel problème n'est guère un facteur atténuant.

[26] Je signale que le juge de première instance a estimé que le témoignage en cour du policier était trompeur. Même si cet élément ne fait pas partie intégrante de la violation de la *Charte*, il s'agit, compte tenu de la nécessité que les tribunaux se dissocient d'un tel comportement, d'un facteur qu'il convient de prendre en compte lors de l'examen de la première question de l'analyse requise par le par. 24(2). Comme la juge Cronk l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « l'intégrité du système judiciaire et la fonction de recherche de la vérité des tribunaux sont au cœur de l'analyse de l'admissibilité fondée sur le par. 24(2) de la *Charte*. Peu d'actes ne portent plus directement atteinte à ces objectifs qu'un témoignage trompeur livré en cour par une personne en situation d'autorité » (par. 160).

[27] En somme, la conduite du policier ayant mené aux violations de la *Charte* en l'espèce témoignait d'un mépris flagrant des droits garantis par la *Charte*. Ce mépris a été aggravé par le témoignage

misleading testimony at trial. The police conduct was serious, and not lightly to be condoned.

(b) *Impact on the Charter-Protected Interests of the Accused*

[28] This factor looks at the seriousness of the infringement from the perspective of the accused. Did the breach seriously compromise the interests underlying the right(s) infringed? Or was the breach merely transient or trivial in its impact? These are among the questions that fall for consideration in this inquiry.

[29] In this case, the detention and the search had an impact on the appellant's liberty and privacy interests. The question is how that impact should be characterized.

[30] The majority of the Court of Appeal emphasized the relatively brief duration of the detention and the appellant's low expectation of privacy in the SUV, and concluded that the effect of the breach on the appellant was relatively minor. It is true that motorists have a lower expectation of privacy in their vehicles than they do in their homes. As participants in a highly regulated activity, they know that they may be stopped for reasons pertaining to highway safety — as in a drinking-and-driving roadblock, for instance. Had it not turned up incriminating evidence, the detention would have been brief. In these respects, the intrusion on liberty and privacy represented by the detention is less severe than it would be in the case of a pedestrian. Further, nothing in the encounter was demeaning to the dignity of the appellant.

[31] This said, being stopped and subjected to a search by the police without justification impacts on the motorist's rightful expectation of liberty and privacy in a way that is much more than trivial. As Iacobucci J. observed in *Mann*, the relatively non-intrusive nature of the detention and search "must

trompeur qu'il a livré lors du procès. L'inconduite du policier était grave, et ne doit pas être tolérée à la légère.

b) *L'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la Charte*

[28] Ce facteur porte sur la gravité de la violation, du point de vue de l'accusé. La violation a-t-elle sérieusement porté atteinte aux intérêts sous-jacents aux droits qui ont été enfreints? Ou l'incidence de la violation était-elle simplement passagère ou anodine? Voilà quelques questions auxquelles il faut répondre dans le cadre de l'analyse de ce facteur.

[29] En l'espèce, la détention et la fouille ont eu une incidence sur les droits à la liberté et à la vie privée de l'appelant. La question est de savoir de quelle façon il convient de caractériser cette incidence.

[30] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont souligné la durée relativement courte de la détention et l'attente peu élevée de l'appelant, concernant son VUS, en matière de protection de sa vie privée. Ils ont conclu que l'incidence de la violation sur l'appelant était relativement mineure. Il est vrai que l'attente des automobilistes en matière de protection de la vie privée concernant leurs véhicules est moins élevée que celle qu'ils ont à l'égard de leur résidence. Comme ils participent à une activité hautement réglementée, ils savent qu'ils peuvent être arrêtés pour des motifs ayant trait à la sécurité routière — par exemple, lors d'un contrôle routier pour vérifier la consommation d'alcool. Si elle n'avait pas donné lieu à la découverte d'éléments de preuve incriminants, la détention aurait été brève. À cet égard, l'atteinte à la liberté et à la vie privée que représente la détention est moins grave qu'elle ne le serait dans le cas d'un piéton. De plus, rien dans le contact n'a porté atteinte à la dignité de l'appelant.

[31] Cela étant dit, le fait pour un automobiliste d'être intercepté et fouillé par la police sans justification a une incidence plus qu'anodine sur ses attentes légitimes en matière de liberté et de vie privée. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mann*, la nature relativement peu intrusive

be weighed against the absence of any reasonable basis for justification" (para. 56 (emphasis in original)). A person in the appellant's position has every expectation of being left alone — subject, as already noted, to valid highway traffic stops.

[32] I conclude that the deprivation of liberty and privacy represented by the unconstitutional detention and search was therefore a significant, although not egregious, intrusion on the appellant's *Charter*-protected interests.

(c) *Society's Interest in an Adjudication on the Merits*

[33] At this stage, the court considers factors such as the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case.

[34] The evidence of the drugs obtained as a consequence of the *Charter* breaches was highly reliable. It was critical evidence, virtually conclusive of guilt on the offence charged. The evidence cannot be said to operate unfairly having regard to the truth-seeking function of the trial. While the charged offence is serious, this factor must not take on disproportionate significance. As noted in *Grant*, while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, the public also has a vital interest in a justice system that is beyond reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high. With that caveat in mind, the third line of inquiry under the s. 24(2) analysis favours the admission of the evidence as to do so would promote the public's interest in having the case adjudicated on its merits.

(d) *Balancing the Factors*

[35] I begin by summarizing my findings on the three factors in *Grant*. The police conduct

de la détention et de la fouille « doit être mise en balance avec l'absence de tout motif raisonnable la justifiant » (par. 56 (souligné dans l'original)). Toute personne dans la position de l'appelant est en droit de s'attendre à ne pas être importunée — sous réserve, comme nous l'avons déjà mentionné, d'un contrôle routier valable.

[32] Je conclus que la privation des droits à la liberté et à la vie privée qui a découlé de la détention et de la fouille inconstitutionnelles constituait donc une atteinte grave, sans être des plus extrêmes, aux droits garantis à l'appelant par la *Charte*.

c) *L'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond*

[33] À ce stade, le tribunal saisi de l'affaire prend en compte les facteurs telles la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public.

[34] L'élément de preuve que constitue la drogue obtenue à la suite de violations de la *Charte*, était extrêmement fiable. Il s'agissait d'un élément de preuve essentiel, permettant pratiquement de conclure à la culpabilité de l'appelant à l'égard de l'infraction reprochée. On ne peut prétendre que l'élément de preuve est une cause d'injustice compte tenu de la fonction de recherche de la vérité du procès. Toutefois, même si l'infraction reprochée est grave, il ne faut pas donner une importance démesurée à ce facteur. Comme nous l'avons souligné dans *Grant*, même si le public a un intérêt accru à ce que les litiges soient jugés au fond lorsque l'infraction reprochée est grave, le public a aussi un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales. Compte tenu de cette mise en garde, la troisième question à examiner dans le cadre de l'analyse requise par le par. 24(2) milite en faveur de l'admission de l'élément de preuve puisque cette admission irait dans le sens de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond.

d) *La mise en balance des facteurs*

[35] Je vais d'abord résumer mes conclusions sur les trois facteurs énoncés dans *Grant*. La conduite

in stopping and searching the appellant's vehicle without any semblance of reasonable grounds was reprehensible, and was aggravated by the officer's misleading testimony in court. The *Charter* infringements had a significant, although not egregious, impact on the *Charter*-protected interests of the appellant. These factors favour exclusion, the former more strongly than the latter. On the other hand, the drugs seized constitute highly reliable evidence tendered on a very serious charge, albeit not one of the most serious known to our criminal law. This factor weighs in favour of admission.

[36] The balancing exercise mandated by s. 24(2) is a qualitative one, not capable of mathematical precision. It is not simply a question of whether the majority of the relevant factors favour exclusion in a particular case. The evidence on each line of inquiry must be weighed in the balance, to determine whether, having regard to all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Dissociation of the justice system from police misconduct does not always trump the truth-seeking interests of the criminal justice system. Nor is the converse true. In all cases, it is the long-term repute of the administration of justice that must be assessed.

[37] In my view, when examined through the lens of the s. 24(2) analysis set out in *Grant*, the trial judge's reasoning in this case placed undue emphasis on the third line of inquiry while neglecting the importance of the other inquiries, particularly the need to dissociate the justice system from flagrant breaches of *Charter* rights. Effectively, he transformed the s. 24(2) analysis into a simple contest between the degree of the police misconduct and the seriousness of the offence.

[38] The trial judge placed great reliance on the Ontario Court of Appeal's decision in *Puskas*. However, the impact of the breach on the accused's

du policier, lorsqu'il a intercepté et fouillé le véhicule de l'appelant sans la moindre apparence de motifs raisonnables, était répréhensible et a été aggravée par le témoignage trompeur qu'il a livré en cour. L'incidence des violations de la *Charte* sur les droits de l'appelant qui y sont protégés était grave, sans être des plus extrêmes. Ces facteurs, le premier davantage que le second, militent en faveur de l'exclusion. En revanche, la drogue saisie constitue un élément de preuve extrêmement fiable, produit relativement à une accusation très grave, quoiqu'elle ne soit pas l'une des plus graves de notre droit criminel. Ce facteur milite en faveur de l'admission.

[36] L'exercice de mise en balance que commande le par. 24(2) est de nature qualitative et il ne peut être effectué avec une précision mathématique. Il ne s'agit pas simplement de savoir si, dans un cas en particulier, la majorité des facteurs pertinents milite en faveur de l'exclusion. La preuve à l'égard de chacune de ces questions doit être soupesée afin de déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation des éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La nécessité pour le système de justice de se dissocier de l'inconduite de la police ne l'emporte pas toujours sur les intérêts de recherche de la vérité du système de justice pénale. L'inverse est tout aussi vrai. Dans tous les cas, c'est la considération à long terme pour l'administration de la justice qui doit être examinée.

[37] À mon avis, lorsqu'on examine son raisonnement à la lumière de l'analyse fondée sur le par. 24(2) énoncée dans *Grant*, il appert, en l'espèce, que le juge de première instance a accordé trop de poids à la troisième question tout en négligeant l'importance des autres questions, particulièrement de celle relative à la nécessité pour le système de justice de se dissocier des violations flagrantes des droits protégés par la *Charte*. En réalité, il a transformé l'analyse requise par le par. 24(2) en une simple mise en opposition entre la gravité de l'inconduite du policier et celle de l'infraction.

[38] Le juge de première instance s'est fondé dans une large mesure sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Puskas*. Or, l'incidence

interests and the seriousness of the police conduct were not at issue in *Puskas*; Moldaver J.A. opined that *if* there was a breach of s. 8, it was "considerably less serious than the trial judge perceived it to be", the police having fallen "minimally" short of the constitutional mark (para. 16). In those circumstances, the public interest in truth-seeking rightly became determinative.

[39] This case is very different. The police misconduct was serious; indeed, the trial judge found that it represented a "brazen and flagrant" disregard of the *Charter*. To appear to condone wilful and flagrant *Charter* breaches that constituted a significant incursion on the appellant's rights does not enhance the long-term repute of the administration of justice; on the contrary, it undermines it. In this case, the seriousness of the offence and the reliability of the evidence, while important, do not outweigh the factors pointing to exclusion.

[40] As Cronk J.A. put it, allowing the seriousness of the offence and the reliability of the evidence to overwhelm the s. 24(2) analysis "would deprive those charged with serious crimes of the protection of the individual freedoms afforded to all Canadians under the *Charter* and, in effect, declare that in the administration of the criminal law 'the ends justify the means'" (para. 150). *Charter* protections must be construed so as to apply to everyone, even those alleged to have committed the most serious criminal offences. In relying on *Puskas* in these circumstances, the trial judge seemed to imply that where the evidence is reliable and the charge is serious, admission will always be the result. As *Grant* makes clear, this is not the law.

[41] Additionally, the trial judge's observation that the *Charter* breaches "pale in comparison to the criminality involved" in drug trafficking risked

de la violation sur les droits de l'accusé et la gravité de l'inconduite de la police n'étaient pas en cause dans *Puskas*; le juge Moldaver a conclu que *si* l'art. 8 avait été violé, cette violation était [TRADUCTION] « considérablement moins grave que le juge de première instance ne l'avait pensé », car la police avait failli [TRADUCTION] « minimalement » à son obligation constitutionnelle (par. 16). Dans ces circonstances, l'intérêt du public à découvrir la vérité est devenu à bon droit déterminant.

[39] Le cas qui nous occupe est très différent. L'inconduite de la police était grave; en effet, le juge de première instance a conclu qu'elle témoignait d'un mépris [TRADUCTION] « éhonté et flagrant » de la *Charte*. Or, l'apparence de tolérance de violations volontaires et flagrantes de la *Charte* constituant une atteinte importante aux droits de l'appelant ne favorise pas la considération à long terme de l'administration de la justice; au contraire, elle lui nuit. En l'espèce, la gravité de l'infraction et la fiabilité des éléments de preuve, bien qu'elles soient des éléments importants, ne l'emportent pas sur les facteurs qui favorisent l'exclusion.

[40] Comme l'a souligné la juge Cronk, permettre aux facteurs de la gravité de l'infraction et de la fiabilité des éléments de preuve de supplanter l'analyse fondée sur le par. 24(2) [TRADUCTION] « priverait les personnes accusées de crimes graves de la protection des libertés individuelles garanties par la *Charte* à tous les Canadiens et, en fait, attesterait que dans l'administration du droit pénal, "la fin justifie les moyens" » (par. 150). Les protections garanties par la *Charte* doivent être interprétées de façon à s'appliquer à tous, même à ceux qui sont accusés d'avoir commis les infractions criminelles les plus graves. Dans les circonstances, en se fondant sur *Puskas*, le juge de première instance a semblé vouloir dire que, lorsque l'infraction est grave et que les éléments de preuve sont fiables, ces derniers seront toujours admissibles. Comme l'indique clairement l'arrêt *Grant*, ce n'est pas la règle applicable.

[41] En outre, la remarque du juge de première instance selon laquelle les violations de la *Charte* [TRADUCTION] « par[aissent] bien dérisoire[s] par

the appearance of turning the s. 24(2) inquiry into a contest between the misdeeds of the police and those of the accused. The fact that a *Charter* breach is less heinous than the offence charged does not advance the inquiry mandated by s. 24(2). We expect police to adhere to higher standards than alleged criminals.

[42] In summary, the price paid by society for an acquittal in these circumstances is outweighed by the importance of maintaining *Charter* standards. That being the case, the admission of the cocaine into evidence would bring the administration of justice into disrepute. It should have been excluded.

4. Conclusion

[43] I would allow the appeal. Because the evidence in question was essential to the Crown's case, rather than order a new trial I would enter an acquittal.

English version of the reasons delivered by

[44] DESCHAMPS J. (dissenting) — I have read the majority's reasons, and I cannot agree with them. My colleagues criticize the trial judge's analysis as a contest between the police officer's conduct and the seriousness of the offence, but a simplistic interpretation such as this does not do his analysis justice. As the majority of the Court of Appeal correctly pointed out, the trial judge's comment must be considered in light of his reasons as a whole. I agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge did not err in law and that his finding must stand. I disagree not only with my colleagues' conclusion, but also with their analysis. They attach excessive weight to the officer's conduct and disregard the fact that the impact of the violation on the interests protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was limited.

rapport au degré de criminalité rattaché » au trafic de la drogue a semblé faire de l'analyse requise par le par. 24(2) une mise en opposition entre les méfaits de la police et ceux de l'accusé. Or, le fait qu'une violation de la *Charte* soit moins odieuse que l'infraction reprochée n'est d'aucune utilité pour l'analyse requise par le par. 24(2). Nous attendons de la police qu'elle adhère à des normes plus élevées que celles auxquelles adhèrent des présumés criminels.

[42] En résumé, dans les circonstances, l'importance de respecter les normes prescrites par la *Charte* l'emporte sur le prix à payer par la société pour un acquittement. Par conséquent, l'utilisation de la cocaïne à titre d'élément de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cet élément de preuve aurait donc dû être écarté.

4. Conclusion

[43] Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Puisque les éléments de preuve en question étaient essentiels à la preuve du ministère public, je suis d'avis d'inscrire un verdict d'acquittement plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Les motifs suivants ont été rendus par

[44] LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — J'ai lu l'opinion de la majorité et je ne peux y souscrire. Mes collègues reprochent au juge de première instance d'avoir mis en opposition la conduite du policier et la gravité de l'infraction. Une telle lecture réductrice ne rend pas justice à son analyse. Comme le soulignent avec raison les juges majoritaires de la Cour d'appel, la remarque du juge de première instance doit être considérée au regard de l'ensemble de ses motifs. Je suis d'avis, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit et que sa conclusion doit être respectée. Je tiens à exprimer mon désaccord non seulement avec la conclusion de mes collègues, mais aussi avec leur analyse. Celle-ci accorde trop de poids à la conduite du policier et omet de prendre en considération l'incidence limitée de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés.*

[45] It is interesting that, without the benefit of the new test proposed by the majority of this Court in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, the majority of the Court of Appeal assessed not only the seriousness of the violation (in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the analysis of this factor was focussed on police conduct), but also the impact of the violation on the *Charter*-protected interests. It will therefore be helpful to reproduce the introductory paragraphs of the reasons they gave for affirming the trial judge's decision:

> In deciding to admit the evidence, the trial judge considered the appropriate factors under s. 24(2) of the *Charter*. He decided that the seriousness of the breaches was not sufficient to warrant exclusion. He put it this way: "[the *Charter* breaches] pale in comparison to the criminality involved in the possession for the purpose of distribution of 77 pounds of cocaine . . ." In reaching this conclusion, the trial judge was very alive to the conduct of the police officer that gave rise to the breaches and to the problems with the police officer's testimony at trial. In the end, however, this experienced trial judge concluded that the harm to the reputation of the administration of justice from excluding the evidence would be greater than that from admitting it.
>
> The trial judge recognized that the breaches did not fall in the most egregious category. While the trial judge did not elaborate to any great extent, there are circumstances which attenuate the seriousness of the breaches which support his conclusion. For example, the officer's conduct was not shown to be systemic in nature, or the result of operational policies or guidelines, or even an order from a senior officer. The actions involved were those of one officer, who had been on the force for four years and who made some flawed decisions during the roadside encounter and later when testifying. And while some might describe the officer's breaches as "deliberate" (the trial judge did not use that word), that description tends to paint a picture of a more planned and premeditated course of action than the record reveals.
>
> In addition, the *Charter* breaches did not have a particularly serious effect on the appellant's *Charter* rights. The appellant was detained in the roadside stop for only a short period of time. As the trial judge pointed out,

[45] Il est intéressant de constater que, sans connaître la nouvelle grille d'analyse proposée par la majorité dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, les juges majoritaires de la Cour d'appel évaluent non seulement la gravité de la violation (centrée sur la conduite de policiers dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265), mais aussi l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. Il est donc pertinent de citer les paragraphes introductifs des motifs qu'ils énoncent à l'appui de la confirmation du jugement de première instance :

> [TRADUCTION] Pour décider d'admettre en preuve les éléments en cause, le juge du procès a examiné les facteurs pertinents à l'analyse requise par le par. 24(2) de la *Charte*. Il a jugé que les violations n'étaient pas suffisamment graves pour justifier une exclusion. Il s'est exprimé comme suit : « [les violations de la *Charte* paraissent] bien dérisoire[s] par rapport au degré de criminalité rattaché à la possession de 77 livres de cocaïne en vue d'en faire la distribution . . . » Lorsqu'il a tiré cette conclusion, le juge du procès était tout à fait conscient de la conduite du policier qui a entraîné les violations et des problèmes soulevés par son témoignage lors du procès. Toutefois, en définitive, ce juge de première instance d'expérience a conclu que l'exclusion des éléments de preuve entacherait davantage la réputation de l'administration de la justice que leur admission.
>
> Le juge du procès a reconnu que les violations n'étaient pas des plus extrêmes. Même s'il n'a pas donné beaucoup de précisions sur la question, des circonstances atténuaient en l'espèce la gravité des violations et étayaient sa conclusion. À titre d'exemple, il n'a pas été démontré que la conduite de l'agent était de nature systémique, qu'elle résultait de politiques ou de directives opérationnelles ou qu'elle découlait d'un ordre donné par un officier supérieur. Un seul agent, membre de la police depuis quatre ans, a posé les gestes en cause et a pris de mauvaises décisions durant le contact en bordure de la route, puis durant son témoignage. Bien que certains puissent affirmer que les violations perpétrées par le policier étaient « délibérées » (le juge du procès n'a pas utilisé ce terme), une telle description brosserait un portrait d'une suite d'actions plus planifiée et plus préméditée que ce que révèle le dossier.
>
> En outre, les violations de la *Charte* n'ont pas eu d'incidence particulièrement sérieuse sur les droits de l'appelant protégés par la *Charte*. En effet, il n'a été détenu en bordure de la route que durant une courte

the officer did not use any force or physical restraint. The officer did not search the appellant's person, he only searched the car. The appellant did not own the car. It had been rented by the passenger. The appellant's privacy interest in the car was low.

In our view, the trial judge's decision to admit the evidence was open to him. It was not unreasonable and reflects no error in principle. His decision deserves deference in this court. We do not suggest that this is an easy case — far from it. This is a close call and one on which reasonable people could disagree. But, in our view, that makes it precisely the type of case in which deference comes into play.

(2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, at paras. 3-6)

[46] Thus, the Court of Appeal began by considering police conduct, which is the first branch of the test proposed by the majority, before reviewing the impact on the *Charter*-protected interests, which is the second branch. Although it did not actually refer to a balancing of these two branches, one is implicit in the overall analysis. In my view, the Court of Appeal correctly held that the trial judge's conclusion was founded in law and in fact.

[47] In *Grant*, I express my disagreement with the new test proposed by the majority. The instant case provides an example of the difficulties inherent in that test. I propose a simpler test in *Grant*. If this test is applied, it is clear that the Court of Appeal came to the right conclusion in the case at bar.

[48] The conduct of a police officer in a given case must be assessed in the context of its impact on the justice system. State conduct is therefore but one of the factors to be considered in assessing the impact of the violation on the *Charter*-protected interests. If my colleagues in the majority find as they do, it is because they consider state conduct to be a distinct factor and because they do not conduct a complete analysis of the interests affected by the detention and arrest of Mr. Harrison. The facts are summarized in the majority's reasons, and I will

période. Comme l'a souligné le juge du procès, l'agent n'a pas fait usage de la force ou de contrainte physique. Il n'a pas fouillé l'appelant, il n'a fouillé que la voiture qui n'appartenait pas à l'appelant, et qui avait été louée par le passager. Le droit de l'appelant au respect de sa vie privée en ce qui a trait au véhicule était minime.

À notre avis, le juge du procès pouvait admettre les éléments de preuve. Cette décision n'était pas déraisonnable et n'était pas le fruit d'une erreur de principe. Notre cour doit faire preuve de retenue à l'égard de sa décision. Nous ne suggérons pas que le présent litige est facile à trancher — loin de là. Il s'agit d'un cas limite à l'égard duquel des personnes raisonnables peuvent être en désaccord. À notre avis, c'est précisément ce qui en fait un cas où il faut faire preuve de retenue.

(2008 ONCA 85, 89 O.R. (3d) 161, par. 3-6)

[46] Comme on le voit, la Cour d'appel évalue d'abord la conduite policière, qui est le premier volet du test proposé par la majorité, puis l'incidence sur les intérêts protégés par la *Charte*, qui en constitue le deuxième volet. La mise en balance de ces deux volets n'est pas formellement décrite, mais elle ressort de l'analyse générale. À mon avis, la Cour d'appel a eu raison de reconnaître que la conclusion du juge de première instance était fondée en droit et en fait.

[47] Dans *Grant*, j'exprime mon désaccord avec la nouvelle grille proposée par la majorité. Le présent dossier illustre les difficultés inhérentes à ce test. Pour ma part, aussi dans *Grant*, j'ai proposé une grille plus simple. L'application de cette grille démontre que la conclusion de la Cour d'appel en l'espèce est bien fondée.

[48] La conduite d'un policier dans un cas donné doit être appréciée dans le contexte de son incidence sur le système de justice. En conséquence, la conduite étatique ne constitue que l'un des éléments à prendre en considération pour évaluer l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. Si mes collègues de la majorité concluent comme ils le font, c'est qu'ils considèrent que la conduite étatique constitue un facteur autonome et qu'ils ne procèdent pas à une analyse complète des intérêts en jeu lors de la détention et de l'arrestation

refer to them only to highlight those that cannot be disregarded in the analysis.

[49] I agree that the officer had no reasonable suspicion that justified stopping the vehicle Mr. Harrison was driving. The concern that to desist from the stop would have caused the other motorists watching it to doubt the appropriateness of the police action was not therefore a reasonable justification for the detention. I also agree that the offence of driving a motor vehicle while under suspension did not justify the search of the vehicle.

[50] As I state in *Grant*, I propose to determine whether the repute of the administration of justice will be better protected by admitting or excluding the evidence in light, on the one hand, of the societal interest in protecting constitutional rights and, on the other hand, of the societal interest in an adjudication on the merits. These two branches are sufficient to encompass all the circumstances relevant to the question whether the administration of justice will be brought into disrepute by the admission or exclusion of evidence obtained in violation of a protected right. In the course of my analysis, I will also make a few comments about the majority's reasons.

1. Public Interest in Protecting Constitutional Rights

[51] At the first stage of the analysis, the impact of the violation on the *Charter*-protected interests must be assessed. On this branch of the test, the majority acknowledge that if they were to base their analysis on the factors normally considered in assessing the expectation of privacy, they would have to conclude that the impact of the violation was insignificant. However, they find that because the violation resulted from an action that had no reasonable justification, its impact was significant and the deprivation of liberty and violation of privacy, more than trivial (paras. 31-32).

de M. Harrison. Les faits sont résumés dans l'opinion de la majorité, et je n'y reviendrai que pour souligner ceux qui ne peuvent être escamotés dans l'analyse.

[49] Je reconnais que le policier n'avait aucun soupçon raisonnable l'autorisant à intercepter le véhicule conduit par M. Harrison. Par conséquent, l'argument suivant lequel l'interruption de la manœuvre aurait mis en cause l'intégrité de l'action policière aux yeux des autres automobilistes qui observaient la scène ne peut légitimement fonder la détention. De même, je conviens que l'infraction d'avoir conduit une automobile pendant la suspension du permis ne justifiait pas la perquisition du véhicule.

[50] Comme je le mentionne dans *Grant*, je suggère de déterminer si la considération à l'égard de l'administration de la justice sera mieux préservée par l'admission ou par l'exclusion de la preuve en me reportant, d'une part, à l'intérêt de la société dans la protection des droits constitutionnels et, d'autre part, à l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Ces deux volets sont suffisants pour englober toutes les circonstances pertinentes à la question de savoir si l'administration de la justice sera déconsidérée par l'admission ou l'exclusion d'un élément de preuve obtenu en violation d'un droit protégé. En cours d'analyse, je ferai quelques commentaires sur l'opinion majoritaire.

1. L'intérêt du public dans la protection des droits constitutionnels

[51] À la première étape de l'analyse, il y a lieu d'évaluer l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. Dans l'examen de ce volet, les juges majoritaires reconnaissent que, selon les facteurs qui servent habituellement à mesurer l'attente en matière de vie privée, ils devraient conclure que l'incidence de la violation n'est pas importante. Ils considèrent cependant que, parce que la violation découle d'une intervention sans motifs raisonnables, son incidence est significative et l'atteinte à la liberté et à la vie privée, plus que négligeable (par. 31-32).

[52] It should be noted that according to the test proposed by the majority in *Grant*, the fact that a police officer intervened without reasonable grounds is a factor that should logically be considered at the stage of reviewing state conduct, not at that of assessing the impact of the violation on the *Charter*-protected interests. The majority rely on *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at para. 56, to contend that the absence of reasonable grounds is also relevant to the assessment of the impact of the violation on the protected interests. I have difficulty accepting this reasoning because, in *Mann*, the absence of reasonable grounds to conduct the search was a factor in the assessment of the seriousness of the violation, which was itself focussed on police conduct. This factor was not taken into account twice in *Mann*. According to the majority in the case at bar, police conduct is a distinct branch of the test. Taking the absence of reasonable grounds into account in each of the two branches of the test proposed by the majority in *Grant* results in duplication, and this one fact becomes central and overshadows the real issue related to the *Charter*-protected interests. The fact that the majority consider the absence of reasonable grounds for the detention and search in their analysis of both the first and second branches also underlines the inappropriateness of dividing the circumstances of the violation to make police conduct a separate branch of the test for determining whether to admit or exclude the evidence. In my view, as I explain in *Grant*, only one branch is needed for the review of all circumstances relevant to the assessment of the impact of the violation on the *Charter*-protected interests.

[53] The interest that is central to the right not to be arbitrarily detained is liberty. I agree with the majority in *Grant* (at para. 20) that, quoting *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 49, the purpose of affording constitutional protection against the deprivation of liberty is to safeguard the entitlement to "make decisions of fundamental importance free from state interference". I also agree with their statement that s. 9 of

[52] Je note que, selon la grille d'analyse proposée par la majorité dans *Grant*, le fait qu'un policier soit intervenu en l'absence de motifs raisonnables est un facteur qui devrait logiquement être utilisé à l'étape de l'étude de la conduite étatique et non à celle de l'évaluation de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. Les juges majoritaires s'appuient sur *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, par. 56, pour soutenir que l'absence de motifs raisonnables est aussi pertinente à l'étape de l'évaluation de l'incidence de la violation sur les intérêts protégés. J'ai de la difficulté à accepter ce raisonnement car, dans *Mann*, l'absence de motifs raisonnables de procéder à la fouille était un facteur qui faisait partie de l'évaluation de la gravité de la violation, elle-même centrée sur la conduite des policiers. Il n'y avait pas, dans *Mann*, double prise en considération de ce facteur. Selon l'analyse de la majorité, la conduite des policiers constitue un volet distinct. Tenir compte de l'absence de motifs raisonnables dans chacun des deux volets du test proposé par la majorité dans *Grant* a pour effet de créer un dédoublement et de donner à ce fait une importance centrale qui occulte la véritable analyse des intérêts protégés par la *Charte*. Le fait que la majorité prenne en considération l'absence de motifs raisonnables justifiant la détention et la perquisition à l'étude tant du premier volet que du deuxième fait aussi ressortir l'inopportunité de diviser les circonstances de la violation pour faire de la conduite des policiers un volet distinct dans la décision d'admettre ou d'exclure la preuve. Pour ma part, comme je l'explique dans *Grant*, j'estime qu'un seul volet est nécessaire pour l'étude de toutes les circonstances permettant d'évaluer l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*.

[53] L'intérêt qui se situe au cœur de la protection contre la détention arbitraire est la liberté. Je suis d'accord avec les juges majoritaires dans *Grant* (par. 20) lorsqu'ils citent *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 49, pour soutenir que l'objectif poursuivi par la protection constitutionnelle contre la privation de liberté est de préserver le droit de « prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de

the *Charter* also protects "against incursions on mental liberty by prohibiting the coercive pressures of detention". These purposes are worded generally and ensure that all the relevant circumstances can be taken into account in order to objectively assess the impact detention might have.

[54] A number of factors can be considered in assessing the impact of a violation of the right not to be arbitrarily detained. In many respects, these factors are similar to the ones that have been adopted for searches. The relevant factors will include the place where the person is stopped, the likelihood of the police conducting checks at the place in question or with respect to the activity being engaged in, the duration of the stop, the grounds for the detention and the attitude of the police officers during the stop: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at pp. 16-17 and 34-36; *R. v. Hufsky*, [1988] 1 S.C.R. 621, at pp. 637-38; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, at pp. 1266-67 and 1285; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 1015-20.

[55] Short stops for reasons that are insufficient from a legal standpoint, but in circumstances in which the accused persons cannot really be surprised to be stopped — because they have been acting erratically or because the place in question or the activity in which they are engaged is subject to frequent police checks — will have limited impact on *Charter* rights. Where, however, an officer is violent or arrogant or compromises not only a person's liberty, but also his or her dignity, or where a stop deprives an individual of his or her freedom of movement for a prolonged period, the impact will be greater.

[56] On the interest to which the protection against unlawful searches applies, the Court proposed, in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 45, and *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 32, a non-exhaustive list of factors to assist in assessing the expectation of privacy. They can be summarized as follows: presence

l'État ». Je souscris aussi à leur affirmation suivant laquelle l'art. 9 de la *Charte* protège « aussi contre les atteintes à la liberté psychologique, en lui interdisant de recourir [. . .] aux moyens coercitifs que représent[e] la détention ». Ces objectifs sont formulés de façon générale et permettent de prendre en considération toutes les circonstances pertinentes pour évaluer objectivement l'incidence que peut avoir la détention.

[54] Plusieurs facteurs peuvent servir à mesurer l'incidence d'une violation de la protection contre la détention arbitraire. À de nombreux égards, ils se rapprochent de ceux retenus en matière de fouilles et de perquisitions. Ainsi seront pertinents le lieu où la personne est interceptée, la possibilité que des contrôles policiers se produisent dans un tel lieu ou à l'égard de l'activité exercée, la durée de l'interpellation, les motifs pour lesquels la détention survient et l'attitude des policiers lors de l'interpellation : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 16-17 et 34-36; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, p. 637-638; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, p. 1266-1267 et 1285; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1015-1020.

[55] Les interventions courtes, faites pour des motifs insuffisants sur le plan juridique, mais dans des circonstances où le prévenu ne saurait vraiment être surpris de l'interpellation en raison de son comportement hors norme ou parce que l'interpellation se produit dans un endroit ou à l'égard d'une activité fortement contrôlés, auront une incidence limitée sur les droits protégés par la *Charte*. Par contre, celles qui sont faites de façon violente ou arrogante, qui portent atteinte non seulement à la liberté mais aussi à la dignité de la personne, ou celles qui privent un individu de sa liberté de mouvement pour une période prolongée auront une incidence plus grande.

[56] En ce qui a trait à l'intérêt visé par la protection contre les fouilles et les perquisitions sans droit, la Cour a proposé, dans les arrêts *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45, et *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 32, une liste non exhaustive de facteurs aidant à évaluer l'attente en matière de vie privée. Ils peuvent être

of the accused at the time of the search; place and subject matter of the search; accessibility to the public of the place and subject matter of the search; abandonment of the subject matter, or indications of ownership thereof; ownership, possession, control or use of the place of the search; ability to control access to it; notice of the possibility of searches being conducted in that place; and the technique used to conduct the search.

[57] Where the expectation of privacy is concerned, it is clear that a search that violates a person's physical integrity is more serious than one involving personal belongings. Similarly, a search involving personal belongings that are abandoned or even left in a place that is accessible to the public is less intrusive than one involving property kept in a residence. It is clear that, because of the conditions attached to driving, the courts have granted more limited protection in the case of motor vehicles than in that of other, more private places.

[58] In the instant case, regarding the deprivation of liberty, it should be noted that the accused was stopped in a vehicle on a highway, and not in a private place, such as an office or a residence. Furthermore, the officer was not aggressive and did not impair Mr. Harrison's dignity or that of his passenger. Finally, the detention was brief, as it lasted no more than 15 minutes.

[59] Moreover, even though the reason given for stopping the vehicle was insufficient, and even though the stop itself coincided with the commencement of the detention, the continuation of the detention and the search took place only after the officer's suspicion had been aroused by signs he knew, because of his training, to correspond to practices of drug traffickers. A judge must consider all the facts in assessing a police officer's conduct. Even if they are insufficient to justify the detention and search, these facts help explain the officer's conduct. There were many facts that aroused suspicion. The vehicle was rented — drug traffickers do

résumés ainsi : la présence de l'accusé au moment de la fouille ou de la perquisition; le lieu et l'objet de la fouille ou de la perquisition; l'accessibilité du public au lieu et à l'objet de la fouille et de la perquisition; l'abandon de l'objet ou les manifestations de propriété; la propriété, la possession, le contrôle ou l'utilisation du lieu où la fouille ou la perquisition a été effectuée; la capacité d'en régir l'accès; la notification de la possibilité que des fouilles ou des perquisitions soient effectuées dans ce lieu; et la technique utilisée pour effectuer la fouille ou la perquisition.

[57] Sur le plan de l'attente en matière de vie privée, il est clair que les fouilles qui portent atteinte à l'intégrité physique sont plus graves que les perquisitions touchant les objets personnels. De même, les perquisitions touchant les objets personnels qui sont abandonnés ou même laissés dans les endroits accessibles au public sont moins attentatoires que celles qui portent sur les biens conservés dans les résidences. En raison des conditions rattachées à la conduite automobile, il est clair que les tribunaux ont accordé une protection moins grande aux véhicules automobiles qu'à d'autres lieux plus privés.

[58] En l'espèce, en ce qui a trait à l'atteinte à la liberté, il faut noter que l'interception s'est faite dans un véhicule, sur la grande route et non pas dans un endroit privé, comme un bureau ou une résidence. De plus, le policier n'a pas montré d'agressivité ni porté atteinte à la dignité de M. Harrison ou du passager. Enfin, la détention a été de courte durée, au plus une quinzaine de minutes.

[59] Par ailleurs, si l'interception a eu lieu pour un motif insuffisant et si elle a coïncidé avec la mise en détention, la continuation de la détention et la perquisition n'ont eu lieu qu'après que les soupçons du policier eurent été éveillés par des indices qu'il savait, en raison de sa formation, correspondre à des pratiques suivies par les trafiquants de drogue. En évaluant la conduite d'un policier, le juge doit tenir compte de tous les faits. Même s'ils ne sont pas suffisants pour justifier la détention et la perquisition, ces faits permettent de comprendre le comportement du policier. Les faits éveillant les soupçons étaient nombreux. Il

not use their own vehicles owing to the risk of seizure. It had been rented at the Vancouver airport — an important port of entry for drugs. Mr. Harrison was travelling with a companion to Toronto — an important distribution point. And they had driven from Vancouver almost without stopping. Moreover, Mr. Harrison and his companion gave inconsistent explanations as to how they had met. In addition to these suspicious circumstances, Mr. Harrison's driver's licence was suspended and he was unable to produce it.

s'agissait d'un véhicule loué — les trafiquants de drogue n'utilisent pas leurs véhicules personnels en raison des risques de saisie. Le véhicule avait été loué à l'aéroport de Vancouver — un important port d'entrée pour la drogue. M. Harrison et un compagnon se rendaient à Toronto — un important point de distribution. Finalement, ils avaient conduit pratiquement de façon ininterrompue depuis Vancouver. Par ailleurs, la version des faits de M. Harrison et celle de son compagnon concernant leur rencontre ne concordaient pas. De plus, s'ajoute à ces circonstances suspectes, le fait que le permis de conduire de M. Harrison était suspendu et qu'il ne pouvait pas le présenter.

[60] The above comments relate to the interests affected by detention. A similar analysis must be conducted with respect to the protection from searches.

[60] Les commentaires qui précèdent concernent les intérêts en jeu lors d'une détention. Le même type d'analyse doit être faite relativement à la protection contre les perquisitions.

[61] Regarding the impact of the violation on the expectation of privacy, the fact that the search was conducted in a vehicle travelling on a public highway is relevant. The expectation of privacy is reduced in this very public place, since the use of highways is subject to extensive regulation and the police must therefore conduct roadside checks, so it should not come as a surprise to motorists to be stopped. Moreover, the vehicle was rented, and it had not been rented in Mr. Harrison's name. It can be assumed that a reasonable person does not have as strong a connection with a vehicle rented by a third party as with his or her own vehicle and would consider a search of a vehicle rented on a short-term basis by a third party to be less intrusive than a search conducted in a place belonging to him or her. In *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341, the majority held that the passenger had no expectation of privacy in a vehicle that did not belong to her. In that case, the Court referred, without providing an answer in respect of it, to the situation of two people travelling together on an extended journey. That is the very situation in the case at bar. In my view, Mr. Harrison himself denied any expectation of privacy when he said that neither the boxes in the vehicle nor their contents were his.

[61] En ce qui a trait à l'incidence de la violation sur l'attente en matière de vie privée, le fait que la perquisition a été faite dans un véhicule qui roulait sur une voie publique est pertinent. L'attente en matière de vie privée est moindre dans ce lieu très public, car l'usage des routes est fortement réglementé et, en conséquence, l'interception par les policiers pour des contrôles routiers est une nécessité à laquelle les usagers doivent s'attendre. De plus, le véhicule était loué et M. Harrison n'en était pas le locataire. On peut inférer qu'une personne raisonnable a un attachement moins grand à un véhicule loué par un tiers qu'à son propre véhicule et considérera moins envahissante une perquisition dans un véhicule loué à court terme par un tiers que celle effectuée dans un lieu qui lui appartient. Dans *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341, la majorité a considéré que la passagère n'avait pas d'attente en matière de vie privée dans une voiture qui ne lui appartenait pas. Dans cette affaire, la Cour a évoqué, sans le résoudre, le cas où deux personnes feraient ensemble un long voyage. C'est notre cas. En l'espèce, j'estime que l'attente en matière de vie privée a été niée par M. Harrison lui-même lorsqu'il s'est dissocié des boîtes trouvées dans le véhicule et de leur contenu.

[62] Although I do not deny that it is important for motorists to be able to travel without being needlessly stopped by the police, it should nonetheless be noted that the officer did not plan the unjustified stop, nor was he motivated by malice or bad faith. It is true that the judge was not satisfied by the reason the officer gave for carrying on with the stop after learning that the absence of a front licence plate was not an offence. However, he did not find that the officer had acted in bad faith *at the time* of the stop. According to the majority of the Court of Appeal, this was a case in which a relatively new officer had made an error in judgment. I agree with this interpretation, and also with what the Court of Appeal stated on this issue (at para. 60):

> While clearly the misconduct was serious, the actions involved were those of one police officer, who had been on the force for four years. That officer made some flawed decisions during the roadside encounter and later when testifying. However, this is not a case where it has been shown that there is or even might be an institutional problem. Furthermore, *Collins* states at p. 280 S.C.R. . . . that s. 24(2) of the *Charter* is not intended as a remedy for police misconduct.

[63] I note that although they did not have the benefit of the reasons of the majority of this Court in *Grant*, the majority of the Court of Appeal considered all the circumstances, and systemic problems in particular, in analysing the seriousness of the violation. They considered the impact of the violation on the *Charter*-protected interests. They pointed out that it would be simplistic to limit the judge's analysis to a contest between the seriousness of the offence and the seriousness of the violation. It will be helpful to set out the reasons of the majority of the Court of Appeal:

> Moreover, from the appellant's point of view, the effects of the breaches were not particularly serious. His detention at the side of the road was brief: only 15 minutes elapsed between the beginning of the traffic stop and the appellant's arrest for driving with a suspended licence. As the trial judge pointed out, during the period of the improper detention, the appellant was not subjected to any physical force or restraint.

[62] Sans diminuer, pour les usagers de la route, l'importance de circuler sans être interpellés de façon inopportune par les policiers, il faut tout de même noter que l'interception injustifiée du véhicule n'était pas délibérée ni motivée par la malveillance ou la mauvaise foi du policier. Certes, le juge n'a pas considéré suffisante la raison donnée pour justifier l'interception après la constatation que l'absence de plaque d'immatriculation à l'avant du véhicule ne constituait pas une infraction. Cependant, il n'a pas conclu que le policier était de mauvaise foi *lors* de l'interception. La majorité des juges de la Cour d'appel a attribué le geste à une erreur de jugement de la part d'un policier qui était relativement nouveau. Je suis d'accord avec cette interprétation et avec la façon dont la Cour d'appel s'est exprimée à ce sujet (par. 60) :

> [TRADUCTION] Même si, manifestement, les actes fautifs étaient sérieux, ils n'impliquaient qu'un seul policier, membre de la police depuis 4 ans, qui a pris de mauvaises décisions durant le contact en bordure de la route, puis durant son témoignage. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'un cas où la preuve a démontré qu'il existe ou même qu'il pourrait exister un problème institutionnel. En outre, l'arrêt *Collins* précise à la p. 280, R.C.S. [. . .] que le par. 24(2) de la *Charte* ne doit pas être utilisé pour sanctionner les écarts de conduite des policiers.

[63] Je remarque que, dans leur analyse de la gravité de la violation, même s'ils ne bénéficiaient pas des motifs de la majorité dans *Grant*, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tenu compte de l'ensemble des circonstances et plus particulièrement des problèmes systémiques. Ils ont examiné l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte*. Ils ont fait ressortir le fait qu'il est réducteur de limiter l'analyse du juge à une mise en opposition de la gravité de l'infraction et de la gravité de la violation. Il est utile de rappeler les motifs majoritaires de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] En outre, du point de vue de l'appelant, les violations n'ont pas eu d'incidence particulièrement sérieuse. Sa détention en bordure de la route a été brève : seules 15 minutes se sont écoulées entre le moment où on lui a ordonné d'immobiliser son véhicule et celui de son arrestation pour avoir conduit avec un permis suspendu. Comme l'a souligné le juge du procès, durant la détention fautive, le policier n'a exercé aucune force physique ou contrainte à l'égard de l'appelant.

Perhaps more importantly, the effect of the search on the appellant's privacy interest was not great. This is not a case involving a search of a person, a residence or an office. The search was of a car, nothing more.

The courts have held that an individual's privacy interest in a vehicle and its contents — a factor not mentioned in the trial judge's ruling on the *voir dire* — are lower than the privacy interest in a person's body, home or office: see *R. v. Belnavis*, [1997] 3 S.C.R. 341 . . . at [paras. 19-25]; *R. v. Calderon*, [2004] . . . 188 C.C.C. (3d) 481 ([Ont.] C.A.), at para. 98; *R. v. Alkins* (2007),. . . 218 C.C.C. (3d) 97 ([Ont.] C.A.), at para. 55. In this case, the vehicle was a rental vehicle. The appellant was not the lessee. He was properly arrested for driving while under suspension. Moreover, the appellant did not testify in the *voir dire* about any perceived violation of his privacy interest. He did not even look to make sure his own bags were in the vehicle's rear compartment prior to leaving Vancouver. Indeed, he told Constable Bertoncello that the boxes belonged to Friesen. This denial of ownership is an important factor. Recently, in a similar case in which an officer searched a bag after a young man denied the bag was his, *R. v. B. (L.)* (2007), 86 O.R. (3d) 730 . . . (C.A.), Moldaver J.A. observed at para. 71: "Having disclaimed any privacy interest in the bag, the respondent effectively precluded himself from relying on s. 8 of the *Charter* to impugn the lawfulness of Officer Purches's search."

Thus, we conclude that *the effects* of the breaches on the appellant's rights that were protected by ss. 8 and 9 of the *Charter* were relatively minor. There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the breaches did not fall within the most egregious category.

In summary, the trial judge was well aware of the officer's conduct and motives as well as his testimony at trial. He was also aware that the breaches did not fall in the most egregious category. In the end, the trial judge decided that the breaches were not sufficiently serious to warrant excluding the evidence. It is that decision that is at the heart of this appeal. [Emphasis in original; paras. 43-47.]

[64] In my view, this analysis is both clear and flawless. Its focus is on the judge's comments about the reasons given by the officer for carrying on with the stop and conducting the search in the context of

Fait peut-être plus important, l'incidence de la fouille sur le droit de l'appelant au respect de sa vie privée a été mineure. Il ne s'agit pas d'un cas de fouille d'une personne, d'une résidence ou d'un bureau. Une voiture a été fouillée, sans plus.

Selon la jurisprudence, le droit d'un individu au respect de sa vie privée à l'égard d'un véhicule et de son contenu — un facteur dont il n'a pas été question dans la décision du juge du procès relative au voir-dire — est moindre que ce même droit à l'égard de son corps, de sa résidence ou de son bureau : voir *R. c. Belnavis*, [1997] 3 R.C.S. 341 [. . .], [par. 19-25]; *R. c. Calderon*, [2004] [. . .] 188 C.C.C. (3d) 481 (C.A. [Ont.]), par. 98; *R. c. Alkins* (2007), [. . .] 218 C.C.C. (3d) 97 (C.A. [Ont.]), par. 55. En l'espèce, il s'agissait d'un véhicule loué. L'appelant n'en était pas le locataire. Il a été mis en état d'arrestation à juste titre pour avoir conduit avec un permis suspendu. En outre, l'appelant n'a pas témoigné lors du voir-dire quant à quelque apparence de violation que ce soit de son droit au respect de sa vie privée. Il n'avait même pas vérifié que son propre sac était dans le coffre de la voiture avant de quitter Vancouver. En effet, il a dit à l'agent Bertoncello que les boîtes appartenaient à M. Friesen. Qu'il nie ainsi en être propriétaire est un facteur important. Récemment, dans une affaire semblable où un policier a fouillé un sac après qu'un jeune homme a nié en être le propriétaire, *R. c. B. (L.)* (2007), 86 O.R. (3d) 730 [. . .] (C.A.), le juge Moldaver a noté au par. 71 qu'« [a]yant renoncé à tout droit au respect de sa vie privée à l'égard du sac, l'intimé s'est interdit, dans les faits, de se fonder sur l'art. 8 de la *Charte* pour contester la légalité de la fouille effectuée par l'agent Purche. »

Ainsi, nous concluons que *les incidences* des violations sur les droits de l'appelant protégés par les art. 8 et 9 de la *Charte* ont été relativement mineures. Il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion du juge de première instance selon laquelle les violations n'étaient pas des plus extrêmes.

En somme, le juge du procès était parfaitement conscient de la conduite et des motivations du policier ainsi que de son témoignage au procès. Il était aussi conscient du fait que les violations n'étaient pas des plus extrêmes. En définitive, il a décidé que les violations n'étaient pas suffisamment sérieuses pour justifier l'exclusion de la preuve. C'est cette décision qui est au cœur du présent pourvoi. [En italique dans l'original; par. 43-47.]

[64] À mon avis, cette analyse est éloquente et sans faille. Elle met en relief les commentaires du juge concernant les motifs donnés par le policier pour procéder à l'interpellation et à la fouille dans

the objective facts related to the violation. It is clear from the objective facts and the circumstances that the violation did not have a serious impact on the *Charter*-protected interests. Furthermore, it is interesting to contrast the facts of this case with those of other cases in which the Court has found violations to be serious. In *Collins*, for example, the officers had seized the accused by the throat. And in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, the Court was divided on whether the violation was serious, even though it involved a search in a residence.

[65] Of course, the Court's past decisions are not of great assistance in identifying the factors that will tip the scales to one side or the other in a given case. For this reason, the Court has often emphasized the need to show deference to the trial judge's analysis and conclusion. I agree with the majority of the Court of Appeal that although in the instant case the trial judge did state that the breach was serious, he also indicated that this was not the most serious of cases.

[66] Furthermore, the language used by the judge shows that he reacted quite strongly to the officer's testimony at trial. In my opinion, this factor is irrelevant to the analysis of the impact of the violation on the protected rights. The trial judge did not believe the officer's explanation that his purpose in searching the vehicle had been to find the driver's licence. He even seemed to be shocked by this testimony. With respect, I consider the rejection of the officer's testimony to be irrelevant to the protection against unreasonable search and seizure. Mr. Harrison was not detained longer, nor were his rights infringed further during the stop and the search, because of the testimony, which was given much later. Trial judges hear all sorts of witnesses. They believe some and disbelieve others. A judge who believes that a witness is deliberately lying can take appropriate action. But false testimony given at trial is irrelevant to the impact of a violation that occurred in the course of a search or seizure. To

le contexte des faits objectifs qui ont donné lieu aux violations. Les faits objectifs et les circonstances indiquent clairement que la violation n'a pas eu d'incidence grave sur les intérêts protégés par la *Charte*. Il est intéressant de mettre les faits de l'espèce en contraste avec ceux constatés dans d'autres dossiers dans lesquels la Cour a qualifié de graves les violations. On peut penser aux faits dans *Collins* où les policiers avaient pris l'accusée à la gorge. On peut aussi rappeler l'affaire *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, dans laquelle la Cour était divisée sur la qualification de la gravité de la violation malgré le fait qu'il s'agissait d'une perquisition dans une résidence.

[65] Je reconnais que la revue de la jurisprudence de la Cour n'est pas d'une grande aide pour la détermination des facteurs qui font pencher la balance d'un côté plutôt que de l'autre dans un cas donné. Pour cette raison, la Cour a souvent insisté sur la nécessité de faire preuve de déférence à l'égard de l'analyse et de la conclusion du juge de première instance. En l'espèce, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, je constate que, si le juge de première instance a qualifié de grave la violation, il a aussi signalé qu'il ne s'agissait pas d'un cas des plus graves.

[66] De plus, les termes utilisés par le juge traduisent sa réaction plutôt vive au témoignage du policier au procès, élément qui, à mon avis, n'a pas sa place dans l'analyse de l'incidence de la violation sur les droits protégés. Le juge de première instance n'a pas cru le policier lorsqu'il a expliqué qu'il avait procédé à la perquisition parce qu'il cherchait le permis de conduire. Il a même paru choqué par ce témoignage. Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime que le rejet du témoignage du policier n'a aucune incidence sur la protection contre la détention et les saisies abusives. Monsieur Harrison n'a pas été détenu plus longtemps et ses droits lors de l'interpellation et de la perquisition n'ont pas subi d'atteinte additionnelle en raison du témoignage livré beaucoup plus tard. Les juges de première instance entendent toutes sortes de témoins. Certains sont crus, d'autres non. Si un juge croit qu'un témoin ment délibérément, il peut prendre les mesures qui s'imposent. Un faux témoignage au procès n'a

take the rejection of the officer's testimony at trial into account in assessing the impact of the violation on the protected rights will cause confusion in the application of the test.

[67] In short, in light of all the circumstances, I do not consider it appropriate to place the impact of the violation on the protected interests at the high end of the seriousness spectrum.

2. Public Interest in an Adjudication on the Merits

[68] It is also necessary to consider all the relevant circumstances at the stage of the assessment of the public interest in an adjudication on the merits. Those that seem the most significant here are the reliability of the evidence obtained in violation of the protected rights, the importance of that evidence and the seriousness of the offence with which the accused is charged. On the basis of these three factors, the public interest in an adjudication on the merits is situated practically at the highest point of the spectrum where importance is concerned. The evidence could not be more reliable, and the trial could not have been conducted without it. The Crown could not discharge its burden of proof without proving that Mr. Harrison was in possession of 35 kilograms of cocaine. Indeed, the exclusion of evidence has a more profound effect than a stay of proceedings based on abuse: when evidence is excluded, the proceedings are not merely stayed, an acquittal is entered. From the perspective of the search for truth, such an outcome would be particularly likely to shake the confidence of an objective and well-informed person in the administration of justice.

[69] Furthermore, the assessment of the effect on the public of the decision to admit or exclude evidence is not limited to the reliability of the evidence and its importance for the trial. The failure to attach appropriate weight to the seriousness of the offence with which Mr. Harrison was charged is, in my view, a flaw in the majority's analysis. To acquit someone who is charged with trafficking in

cependant pas de lien avec l'incidence d'une violation survenue lors d'une détention ou d'une perquisition. Tenir compte du rejet du témoignage du policier au procès pour évaluer l'incidence de la violation sur les droits protégés crée de la confusion dans l'application de la grille d'analyse.

[67] En somme, si toutes les circonstances sont prises en considération, j'estime qu'il n'y a pas lieu de situer l'incidence de la violation sur les intérêts protégés au haut de l'échelle de gravité.

2. L'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond

[68] À l'étape de l'examen de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, il faut aussi tenir compte de toutes les circonstances pertinentes. Celles qui me paraissent les plus significatives ici sont la fiabilité de la preuve obtenue en violation des droits protégés, son importance et la gravité de l'infraction reprochée. Selon ces trois facteurs, l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond se situe pratiquement au sommet de l'échelle d'importance. Il faut, en effet, remarquer que la preuve ne pourrait être plus fiable et qu'elle est indispensable à la tenue du procès. À moins de pouvoir prouver que M. Harrison était en possession des 35 kilogrammes de cocaïne, le ministère public ne peut se décharger de son fardeau de preuve. L'exclusion de la preuve a même un effet plus grand que l'arrêt des procédures pour cause d'abus : l'exclusion de la preuve n'entraîne pas simplement l'arrêt des procédures, mais un acquittement. Sur le plan de la recherche de la vérité, cette issue est éminemment susceptible de porter un coup à la considération que la personne objective et bien informée a pour l'administration de la justice.

[69] Qui plus est, l'effet sur le public de la décision d'admettre ou d'exclure un élément de preuve ne se mesure pas uniquement à la fiabilité et à l'importance de la preuve pour la tenue du procès. Le défaut d'accorder à la gravité de l'infraction reprochée à M. Harrison le juste poids que ce facteur devrait avoir est, à mon avis, une lacune dans l'analyse de la majorité. L'acquittement d'une personne

35 kilograms (77 pounds) of cocaine with a market value of $2,463,000 to $4,575,000 owing to the exclusion of evidence is likely to have a long-term impact on the repute of the administration of justice. The trial judge correctly made this an important factor in his analysis. It might be accepted that the courts deal less harshly with offences like possession of such drugs as marijuana. However, crimes involving "hard" drugs, and particularly those linked to trafficking, have systematically been found to be serious. As I say in *Grant*, I find it artificial to maintain that the nature of the offence has a neutral effect in the assessment of the public interest in an adjudication on the merits.

[70] I agree that accused persons have a heightened interest in the exclusion of evidence where the evidence is unreliable and the penal stakes for them are high. But this interest is subsumed in the public interest in having a justice system that prizes the reliability of evidence. The interest of an accused person in the exclusion of evidence is therefore irrelevant to the analysis of the branch of the public interest in an adjudication on the merits.

3. Balancing the Relevant Interests

[71] In balancing the public interest in protecting constitutional rights against the public interest in an adjudication on the merits, I must disagree with the majority on both branches of the test. Like the majority of the Court of Appeal, I can only find that the impact of the violation on the *Charter*-protected interests was not particularly serious. I do not consider it very helpful to refer to the trial judge's strongly worded description of the violation, especially because the judge seemed to want to sanction the officer's testimony at trial.

[72] In the case at bar, the analysis cannot be limited to the fact that the officer lacked reasonable grounds for the detention and search. His conduct must be recognized for what it was: an error in

accusée de trafic de 35 kilogrammes (77 livres) de cocaïne d'une valeur marchande de 2 463 000 $ à 4 575 000 $ en raison de l'exclusion de la preuve est susceptible d'avoir des répercussions à long terme sur la considération à l'égard de l'administration de la justice. Le juge du procès, avec raison, en a fait un élément important de son analyse. On peut accepter que les tribunaux soient moins sévères à l'endroit d'infractions comme la possession de drogues telles que la marijuana. Cependant, les crimes reliés aux drogues « dures » et particulièrement ceux liés au trafic sont systématiquement qualifiés de graves. Comme je l'ai dit dans *Grant*, il me paraît artificiel de prétendre que la nature de l'infraction reprochée a un effet neutre dans l'évaluation de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[70] Je reconnais que l'accusé a un intérêt accru dans l'exclusion de la preuve lorsque celle-ci est peu fiable et que l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales. Son intérêt est toutefois alors subsumé sous l'intérêt du public dans un système de justice qui valorise la fiabilité de la preuve. L'intérêt de l'accusé dans l'exclusion de la preuve n'a donc pas sa place dans l'analyse du volet de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond.

3. La mise en balance des intérêts pertinents

[71] Dans la mise en balance de l'intérêt du public dans la protection des droits constitutionnels et de l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, je dois me dissocier des juges de la majorité concernant les deux volets de l'analyse. Tout comme les juges majoritaires de la Cour d'appel, je ne peux que constater que l'incidence de la violation sur les intérêts protégés par la *Charte* n'est pas des plus graves. Je note d'ailleurs qu'il n'est guère utile de se reporter aux mots forts utilisés par le juge de première instance pour décrire la violation, particulièrement parce que le juge semble avoir voulu sanctionner le témoignage du policier au procès.

[72] En l'espèce, l'analyse ne peut se limiter au fait que le policier n'avait pas de motifs raisonnables pouvant justifier la détention et la perquisition. La conduite du policier doit être reconnue pour ce

judgment with which the court does not want to be associated. Motorists can expect to be stopped by the police, but the only authorized stops are those related to the enforcement of highway safety rules or to a specific program: *Dedman*. No one should be subjected to a search or seizure without sufficient reasons. I do not mean to minimize the impact of state conduct on the violation of constitutional rights. But it must be recognized in the analysis of the public interest in protecting those rights that a number of factors point to the conclusion that the impact on the protected interests was, when all is said and done, quite limited.

[73] Regarding the public interest in an adjudication on the merits, this case is at the high end of the spectrum because of the unquestionable reliability of the evidence, because the trial could not be conducted without it and because the offence was a very serious one. In my view, the public interest in an adjudication on the merits is paramount, and this is a case in which excluding the evidence will have a negative effect on the confidence of an objective person, fully informed of all the circumstances, in the administration of justice.

[74] For these reasons, I would have dismissed the appeal.

Appeal allowed, DESCHAMPS J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Henein & Associates, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Criminal, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Fenton Smith, Toronto.

qu'elle est : une erreur de jugement à laquelle le tribunal ne veut pas s'associer. Les automobilistes peuvent s'attendre à des contrôles policiers, mais les seuls contrôles autorisés sont ceux exécutés dans le cadre de l'application des règles de sécurité routière ou d'un programme particulier : *Dedman*. Personne ne devrait être soumis à une perquisition ou à une fouille sans motifs suffisants. Mon propos n'est pas de minimiser l'incidence de la conduite étatique sur la violation des droits constitutionnels. Il faut cependant reconnaître, dans l'analyse de l'intérêt public dans la protection de ces droits, que plusieurs facteurs pointent en direction d'une incidence, somme toute plutôt limitée, sur les intérêts protégés.

[73] L'intérêt public à ce que l'affaire soit jugée au fond se situe au sommet de l'échelle en raison de la fiabilité incontestable de la preuve, du fait qu'elle est essentielle à la poursuite du procès et de la haute gravité de l'infraction reprochée. L'intérêt du public dans la poursuite du procès doit, à mon avis, primer et il s'agit d'un cas où l'exclusion de la preuve aura un effet négatif sur la considération qu'une personne objective, bien informée de toutes les circonstances, aura pour l'administration de la justice.

[74] Pour ces motifs, j'aurais rejeté l'appel.

Pourvoi accueilli, la juge DESCHAMPS *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant : Henein & Associates, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des avocats de la couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Fenton Smith, Toronto.

Curtis Shepherd *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SHEPHERD

Neutral citation: 2009 SCC 35.

File No.: 32037.

2008: April 24; 2009: July 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Breath sample demand — Impaired driving and driving "over 80" — Reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused precondition to lawful search and seizure — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3).

Criminal law — Impaired driving and driving "over 80" — Breath sample demand — Reasonable and probable grounds — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused — Whether issue of reasonable and probable grounds involved question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).

The accused was charged with impaired driving, driving "over 80" and failure to stop for a police

Curtis Shepherd *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SHEPHERD

Référence neutre : 2009 CSC 35.

N° du greffe : 32037.

2008 : 24 avril; 2009 : 17 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles et perquisitions — Demande d'un échantillon d'haleine — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie supérieure à « 0,08 » — L'existence de motifs raisonnables et probables avant de demander un échantillon d'haleine à l'accusé est une condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3).

Droit criminel — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie dépassant « 0,08 » — Demande d'un échantillon d'haleine — Motifs raisonnables et probables — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — La question des motifs raisonnables et probables constitue-t-elle une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254(3).

L'accusé a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies, de conduite avec une alcoolémie supérieure

officer. The arresting officer saw the accused go through a stop sign without stopping and drive at a speed over the posted speed limit. The officer activated his police cruiser's siren and flashing lights, and followed the accused for over three kilometres while the accused accelerated and changed lanes multiple times before finally pulling over. The accused told the officer that he had not stopped because he thought the police car was an ambulance. The officer observed that the accused had red eyes, that he smelled of alcohol, that he appeared lethargic and fatigued and that his movements and speech were slow and deliberate. The officer formed the opinion that the accused was intoxicated and, after reading him his rights, made a breathalyzer demand. At trial, the accused moved to have the breath samples excluded on the basis that they were obtained in violation, *inter alia*, of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although the trial judge accepted the officer's evidence that he subjectively believed that the accused's ability to drive was impaired by alcohol, he concluded that this belief was not objectively reasonable. Because the officer lacked the requisite reasonable grounds to make the breath demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*, the trial judge held that the accused's s. 8 *Charter* right had been violated. He excluded the samples under s. 24(2) of the *Charter* and entered an acquittal on all charges. The summary conviction appeal court judge upheld the acquittal, but the Court of Appeal, in a majority decision, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

There is both a subjective and an objective component to establishing reasonable and probable grounds for making a breath demand under s. 254(3) of the *Criminal Code*. The officer must have an honest belief that the accused committed an offence under s. 253 of the *Code*, and there must be reasonable grounds for this belief. The officer need not demonstrate a *prima facie* case for conviction before pursuing his investigation. The issue of whether the facts as found by the trial judge amount at law to reasonable and probable grounds is a question of law. Here, the trial judge erred in finding that the officer's subjective belief of impairment was not objectively supported on the facts. There was ample evidence to support the officer's subjective belief that the accused's ability to drive was impaired by alcohol. The officer's belief was based not only on the accused's

à 0,08, et d'avoir fait défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. Le policier qui a procédé à l'arrestation a remarqué que l'accusé ne s'était pas immobilisé à un signal d'arrêt et avait par la suite atteint une vitesse excédant la limite permise. Le policier a actionné la sirène et le gyrophare de sa voiture de patrouille et suivi l'accusé sur une distance de plus de trois kilomètres, trajet durant lequel ce dernier a accéléré et changé de voies à plusieurs reprises avant de finalement s'immobiliser. L'accusé a expliqué qu'il ne s'était pas arrêté parce qu'il croyait que la voiture de police était une ambulance. Le policier a remarqué que l'accusé avait les yeux rouges, qu'il dégageait une odeur d'alcool, qu'il semblait léthargique et fatigué et que ses mouvements et son élocution étaient lents et qu'il pesait ses mots. Le policier a conclu que l'accusé était en état d'ivresse et, après lui avoir lu ses droits, lui a demandé un échantillon d'haleine. Au procès, l'accusé a demandé l'exclusion des échantillons faisant valoir qu'ils avaient été obtenus en violation, notamment, de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a accepté le témoignage du policier selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de l'accusé était affaiblie par l'alcool, mais il a conclu que sa croyance n'était pas objectivement raisonnable. Comme le policier n'avait pas les motifs raisonnables requis pour exiger les échantillons d'haleine en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*, le juge du procès a conclu que le droit garanti à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* avait été violé. Il a écarté les échantillons en application du par. 24(2) de la *Charte* et a inscrit un verdict d'acquittement à l'égard de tous les chefs d'accusation. La cour d'appel des poursuites sommaires a confirmé l'acquittement, mais les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La preuve de l'existence de motifs raisonnables autorisant à demander un échantillon d'haleine en vertu du par. 254(3) du *Code criminel* comporte un élément subjectif et un élément objectif. Le policier doit croire sincèrement que le suspect a commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code* et cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables. Le policier n'a pas à fournir une preuve *prima facie* justifiant une déclaration de culpabilité pour poursuivre son enquête. La question de savoir si les faits qu'a constatés le juge du procès constituent en droit des motifs raisonnables et probables est une question de droit. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en concluant que la croyance subjective de l'agent en l'affaiblissement des facultés de l'accusé n'était pas objectivement étayée par les faits. La preuve étayait amplement la croyance subjective du

erratic driving pattern, but also on the various indicia of impairment which he observed after he arrested the accused. Since the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand, the demand was lawful. [3] [17] [20] [23]

Cases Cited

Referred to: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).
Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, s. 67(8).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Sherstobitoff, Lane and Smith JJ.A.), 2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213, 218 C.C.C. (3d) 113, [2007] 4 W.W.R. 659, 154 C.R.R. (2d) 38, 44 M.V.R. (5th) 8, [2007] S.J. No. 119 (QL), 2007 CarswellSask 122, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Michael W. Owens, for the appellant.

W. Dean Sinclair, for the respondent.

James C. Martin and *Paul Adams*, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Michal Fairburn and *John Corelli*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michael Brundrett and *Margaret A. Mereigh*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Marlys A. Edwardh and *Jessica R. Orkin*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

policier que la capacité de conduire de l'accusé était affaiblie par l'effet de l'alcool. La croyance du policier se fondait non seulement sur le fait que l'accusé conduisait de façon erratique, mais aussi sur les divers indices d'ébriété qu'il avait remarqués après l'arrestation de l'accusé. Comme le policier avait des motifs raisonnables et probables de demander à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine, la demande était valide. [3] [17] [20] [23]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381.

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. 253, 254(3).
Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 67(8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Sherstobitoff, Lane et Smith), 2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213, 218 C.C.C. (3d) 113, [2007] 4 W.W.R. 659, 154 C.R.R. (2d) 38, 44 M.V.R. (5th) 8, [2007] S.J. No. 119 (QL), 2007 CarswellSask 122, qui a annulé les verdicts d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Michael W. Owens, pour l'appelant.

W. Dean Sinclair, pour l'intimée.

James C. Martin et *Paul Adams*, pour l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada.

Michal Fairburn et *John Corelli*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michael Brundrett et *Margaret A. Mereigh*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Marlys A. Edwardh et *Jessica R. Orkin*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CHARRON J. —

I. Overview

[1] The appellant, Curtis Shepherd, was charged with impaired driving, driving "over 80", and failing to stop for a police officer. At trial, he sought to exclude two breath samples taken after his arrest on the basis that they were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In Mr. Shepherd's submission, the arresting officer lacked reasonable and probable grounds to demand the breath samples. Although the trial judge accepted the officer's evidence that he subjectively believed that Mr. Shepherd's ability to drive was impaired by alcohol, he concluded that this belief was not objectively reasonable. Because the officer thus lacked the requisite grounds to make the breath demand, the trial judge excluded the samples under s. 24(2) of the *Charter*. Mr. Shepherd was acquitted of all charges.

[2] The Crown appealed the acquittals on the charges of impaired driving and driving "over 80" to the summary conviction appeal court. Foley J. deferred to the trial judge's finding that the officer lacked an objective basis for making the demand and dismissed the appeal. On further appeal, a majority of the Court of Appeal (Smith J.A. dissenting) concluded that, on the facts as found by the trial judge, the officer had reasonable and probable grounds to make the demand. The Crown's appeal was allowed and a new trial ordered. Mr. Shepherd further appeals to this Court.

[3] For the reasons that follow, we conclude that the trial judge erred in holding that the indicia of impairment did not amount at law to reasonable

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE CHARRON —

I. Aperçu

[1] L'appelant, Curtis Shepherd, a été inculpé de conduite avec facultés affaiblies, de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08, et d'avoir fait défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. Au procès, il a demandé l'exclusion de deux échantillons d'haleine fournis après son arrestation faisant valoir qu'ils avaient été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. M. Shepherd soutient que le policier qui l'a arrêté n'avait pas de motifs raisonnables et probables pour exiger les échantillons d'haleine. Le juge du procès a accepté le témoignage du policier selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de M. Shepherd était affaiblie par l'alcool, mais il a conclu que sa croyance n'était pas objectivement raisonnable. Comme, de ce fait, le policier n'avait pas les motifs requis pour exiger les échantillons d'haleine, le juge du procès les a exclus en application du par. 24(2) de la *Charte*. M. Shepherd a été acquitté de tous les chefs d'accusation.

[2] Le ministère public a interjeté appel des acquittements relatifs aux accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 devant la cour d'appel des poursuites sommaires. Le juge Foley s'en est remis à la conclusion du juge du procès portant que la demande du policier ne se fondait pas sur des raisons objectives et il a rejeté l'appel. Dans le cadre d'un appel subséquent, les juges majoritaires de la Cour d'appel (la juge Smith était dissidente) ont conclu que, vu les conclusions de fait du juge du procès, le policier avait des motifs raisonnables et probables d'exiger les échantillons d'haleine. L'appel du ministère public a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. M. Shepherd se pourvoit devant notre Cour.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que le juge du procès a commis une erreur en concluant que les signes d'affaiblissement

and probable grounds to make the breath demand. There was ample evidence to support the officer's subjective belief that Mr. Shepherd's ability to drive was impaired by alcohol. Accordingly, the officer's breathalyzer demand was lawful, and the accused's *Charter* claim must fail. While it is unnecessary to consider whether the samples should be excluded under s. 24(2), we would note that the companion case of *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, fully canvasses the s. 24(2) issues argued by counsel on appeal.

[4] We would therefore dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

II. Facts and Proceedings Below

[5] In the early morning of January 11, 2003, Sgt. Sellers of the Saskatoon City Police Service saw Mr. Shepherd's vehicle fail to stop at a stop sign and then begin to travel at 20 to 25 kilometres per hour over the posted speed limit. Sgt. Sellers activated his police cruiser's siren and lights in an effort to get the vehicle to pull over. The vehicle slowed down but did not stop. It then accelerated and changed lanes multiple times over approximately a three-kilometre distance before finally pulling over.

[6] Sgt. Sellers approached the vehicle and informed Mr. Shepherd that he was under arrest for failing to stop for the police. Mr. Shepherd explained that he had not stopped because he thought the police car was an ambulance. The officer noted that Mr. Shepherd looked lethargic and fatigued and had red eyes. He could smell alcohol on his breath. He also noted that his movements and speech were slow and deliberate. On the basis

des facultés ne constituaient pas, en droit, des motifs raisonnables et probables justifiant une demande d'échantillon d'haleine. De nombreux éléments de preuve étayaient la croyance subjective du policier selon laquelle la capacité de conduire de M. Shepherd était affaiblie par l'effet de l'alcool. L'ordre donné par le policier à M. Shepherd de se soumettre à un alcootest était donc valide, et la demande de l'accusé fondée sur la *Charte* doit échouer. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de décider si les échantillons devraient être exclus en application du par. 24(2), nous tenons à souligner que les motifs du pourvoi connexe *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, rendu simultanément, comportent un examen exhaustif des questions portant sur le par. 24(2) qui ont été débattues devant nous.

[4] En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

II. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[5] Tôt le matin du 11 janvier 2003, le sergent Sellers du service de police de la ville de Saskatoon a remarqué que le véhicule de M. Shepherd ne s'était pas immobilisé à un signal d'arrêt, et qu'il avait par la suite atteint une vitesse excédant de 20 à 25 kilomètres à l'heure la limite permise. Le sergent Sellers a actionné la sirène et le gyrophare de sa voiture de patrouille dans le but d'intercepter le véhicule de M. Shepherd. Ce dernier a ralenti, mais il ne s'est pas arrêté. Il a ensuite accéléré et changé de voies à plusieurs reprises sur une distance d'environ trois kilomètres avant de finalement s'immobiliser.

[6] Le sergent Sellers s'est approché du véhicule et a informé M. Shepherd qu'il était en état d'arrestation pour défaut d'obtempérer à l'interpellation d'un agent de police. M. Shepherd a expliqué qu'il ne s'était pas arrêté parce qu'il croyait que la voiture de police était une ambulance. Le policier a remarqué que M. Shepherd semblait léthargique et fatigué, et qu'il avait les yeux rouges. Son haleine dégageait une odeur d'alcool. Il a aussi constaté que

of these observations, Sgt. Sellers formed the opinion that Mr. Shepherd was "intoxicated". The officer read Mr. Shepherd his *Charter* rights and made a breathalyzer demand.

[7] Mr. Shepherd was taken to the police station by Cst. Horsley, another officer who arrived at the scene shortly after Mr. Shepherd's arrest. On the way there, Mr. Shepherd repeated his explanation to Cst. Horsley that he thought the police car was an ambulance. Mr. Shepherd provided two breath samples at the police station. At trial, he moved to have the samples excluded on the basis that they were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Charter*.

[8] The trial judge accepted Sgt. Sellers' evidence that he subjectively believed that the accused's ability to drive was impaired by alcohol, but concluded that this belief was not objectively reasonable. In reaching his decision, the trial judge relied heavily on the accused's explanation to Cst. Horsley that he thought the police car was an ambulance. The trial judge noted that this was "just as valid an explanation" for Mr. Shepherd's erratic driving as the suggestion that he was impaired by alcohol (Appellant's Record, Part II, at p. 7). The accused's explanation also left the trial judge with a reasonable doubt as to whether the accused had the intention to evade police when he failed to stop. He acquitted Mr. Shepherd of all charges.

[9] The Crown appealed the acquittals on the impaired driving and driving "over 80" charges to the Saskatchewan Court of Queen's Bench. Foley J., the summary conviction appeal judge, upheld the trial judge's decision (2006 SKQB 91, 30 M.V.R. (5th) 307). He noted that although the trial judge was wrong to rely on Mr. Shepherd's explanation to Cst. Horsley since it was given subsequent to Sgt. Sellers' demand, an "identical explanation"

ses mouvements et son élocution étaient lents et qu'il pesait ses mots. Sur la foi de ces observations, le sergent Sellers a conclu que M. Shepherd était [TRADUCTION] « en état d'ivresse ». Le policier a informé M. Shepherd des droits que lui garantit la *Charte* et il lui a demandé un échantillon d'haleine.

[7] L'agent Horsley, qui est arrivé sur les lieux peu après l'arrestation de M. Shepherd, a emmené l'accusé au poste de police. En s'y rendant, ce dernier a répété à l'agent Horsley qu'il avait cru que la voiture de police était une ambulance. Une fois au poste de police, M. Shepherd a fourni deux échantillons d'haleine. Au procès, il a demandé l'exclusion des échantillons faisant valoir qu'ils avaient été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte*.

[8] Le juge du procès a accepté le témoignage du sergent Sellers selon lequel il croyait subjectivement que la capacité de conduire de l'appelant était affaiblie par l'effet de l'alcool, mais il a conclu que sa croyance n'était pas raisonnable sur le plan objectif. Pour parvenir à sa décision, le juge du procès a accordé une très grande importance à l'explication que l'accusé a fournie à l'agent Horsley, à savoir qu'il a pris la voiture de police pour une ambulance. Il a souligné que cette remarque [TRADUCTION] « expliquait tout autant » la conduite erratique de M. Shepherd que la thèse des facultés affaiblies par l'alcool (dossier de l'appelant, partie II, p. 7). En outre, l'explication de l'accusé a soulevé un doute raisonnable dans l'esprit du juge du procès quant à savoir si M. Shepherd avait eu l'intention de fuir la police lorsqu'il a fait défaut de s'arrêter. Par conséquent, ce juge a acquitté M. Shepherd de tous les chefs d'accusation.

[9] Le ministère public a interjeté appel des acquittements relatifs aux accusations de conduite avec facultés affaiblies et de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Le juge Foley qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité a confirmé la décision du juge du procès (2006 SKQB 91, 30 M.V.R. (5th) 307). Il a fait remarquer que, même si le juge du

was provided to Sgt. Sellers before the demand was made (para. 12). Accordingly, Foley J. was of the view that the error did not result in a miscarriage of justice. He also concluded that there was ample evidence to support the trial judge's "factual finding" that the officer did not have objective grounds to make the demand (para. 16). He dismissed the appeal.

[10] A majority of the Saskatchewan Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial (2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213). Sherstobitoff J.A. concluded that on the facts as found by the trial judge, the officer had reasonable and probable grounds to believe that the accused's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. He stated that the trial judge failed to give sufficient consideration to the officer's opinion that Mr. Shepherd was intoxicated, while at the same time affording undue weight to the accused's evidence that he thought the police car was an ambulance. Lane J.A. was in substantial agreement with Sherstobitoff J.A., adding that, in his view, the trial judge's acceptance of the accused's explanation for his erratic driving was the result of a misreading of Mr. Shepherd's obligations under the *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1. Even if the police car had in fact been an ambulance as believed by Mr. Shepherd, his conduct would not have complied with the requirements of s. 67(8) of the Act concerning emergency vehicles.

[11] Smith J.A., in dissent, would have dismissed the appeal. She was of the view that the trial judge made his ruling upon a review of the evidence as a whole, including the fact that Mr. Shepherd appeared to be in complete control of the vehicle while he was driving and the physical indicia

procès avait eu tort de s'appuyer sur l'explication que M. Shepherd a donnée à l'agent Horsley parce qu'elle avait été fournie après que le sergent Sellers a exigé un échantillon d'haleine de M. Shepherd, une [TRADUCTION] « explication identique » avait été fournie au sergent Sellers avant qu'il ne fasse sa demande (par. 12). Pour cette raison, le juge Foley a conclu que l'erreur commise par le juge du procès n'avait pas entraîné de déni de justice. Il a aussi conclu que de nombreux éléments de preuve étayaient la [TRADUCTION] « conclusion de fait » tirée par le juge du procès selon laquelle la demande du policier ne reposait pas sur des raisons objectives (par. 16). Il a rejeté l'appel.

[10] Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2007 SKCA 29, 45 C.R. (6th) 213). Le juge Sherstobitoff a conclu que, compte tenu des conclusions de fait du juge du procès, le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire que la capacité de l'accusé de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Il a affirmé que le juge du procès, d'une part, n'avait pas accordé suffisamment d'importance au fait que, selon le policier, M. Shepherd était en état d'ébriété et, d'autre part, avait accordé un poids excessif au témoignage de l'accusé selon lequel il avait cru que la voiture de police était une ambulance. Le juge Lane — qui partageait pour l'essentiel le point de vue du juge Sherstobitoff — a ajouté que, selon lui, le juge du procès avait accepté l'explication de M. Shepherd visant à justifier sa conduite erratique parce qu'il avait mal interprété la nature des obligations que la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1, impose à M. Shepherd. Même si la voiture de police avait effectivement été une ambulance, comme l'a cru M. Shepherd, sa conduite n'aurait pas respecté les exigences du par. 67(8) de la Loi en ce qui concerne les véhicules d'urgence.

[11] La juge Smith, dissidente, aurait rejeté l'appel. Elle a conclu que le juge du procès s'est fondé sur un examen de l'ensemble de la preuve, y compris du fait que M. Shepherd semblait avoir la pleine maîtrise de son véhicule pendant qu'il conduisait et que les signes physiques d'ébriété étaient peu nombreux

of impairment were minimal and inconclusive. No roadside sobriety test was administered, and some of the officer's evidence regarding signs of impairment was successfully challenged on cross-examination.

[12] Having found a *Charter* violation, Smith J.A. then considered whether the samples should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Smith J.A.'s analysis centered on whether breath samples obtained in breach of the *Charter* are subject to automatic exclusion as conscriptive evidence, or whether all three categories of factors in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, should be considered in deciding whether to exclude the evidence. She concluded that *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, did not create an exception for breath samples; as non-discoverable, conscriptive evidence, they were automatically excluded under the trial fairness branch of *Collins*. After reviewing cases subsequent to *Stillman* which suggest that *Stillman* never intended to create an automatic exclusionary rule for conscriptive evidence, Smith J.A. concluded that *Stillman* was still the leading authority on this point, and thus (barring rare exceptions) such evidence should be excluded without considering the second and third branches of the *Collins* test.

III. Analysis

[13] The central issue on this appeal is whether the officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from Mr. Shepherd. Section 254(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, requires that an officer have reasonable grounds to believe that the suspect has committed an offence under s. 253 of the *Code* (impaired driving or over 80) before making a breathalyzer demand. As this Court explained in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254, at para. 51: "The requirement in s. 254(3) that

et non concluants. Il n'a été soumis à aucun test de sobriété en bordure de la route et certains des aspects du témoignage du policier concernant les signes d'ébriété ont été contestés avec succès pendant le contre-interrogatoire.

[12] Ayant conclu que la *Charte* avait été violée, la juge Smith s'est demandé s'il y avait lieu d'exclure les échantillons en application du par. 24(2). Elle a plus particulièrement examiné la question de savoir si des échantillons d'haleine obtenus en violation de la *Charte* doivent être automatiquement exclus en tant que preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, ou si chacun des trois groupes de facteurs de l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, doit être pris en compte pour décider s'il y a lieu de les exclure. Elle a conclu que l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, ne crée pas d'exception pour les échantillons d'haleine; en tant que preuve non susceptible d'être découverte, obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même, les échantillons d'haleine sont donc automatiquement exclus suivant les facteurs se rapportant à l'équité du procès énoncés dans l'arrêt *Collins*. Après avoir examiné la jurisprudence subséquente à l'arrêt *Stillman*, selon laquelle il n'a jamais été question, dans ce dernier arrêt, de créer une règle prévoyant l'exclusion automatique de la preuve obtenue par mobilisation de l'accusé contre lui-même, la juge Smith a conclu que cet arrêt était toujours l'arrêt de principe en la matière, et donc qu'il y avait lieu d'exclure de tels éléments de preuve (sous réserve de rares exceptions) sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur les deuxième et troisième branches du test énoncé dans l'arrêt *Collins*.

III. Analyse

[13] La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si le policier avait des motifs raisonnables et probables d'ordonner à M. Shepherd de fournir des échantillons d'haleine. Le paragraphe 254(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige que le policier ait des motifs raisonnables de croire que le suspect a commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code* (conduite avec facultés affaiblies ou avec une alcoolémie supérieure à 0,08) avant de demander au

reasonable and probable grounds exist is not only a statutory but a constitutional requirement as a precondition to a lawful search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*."

[14] Mr. Shepherd argues that the officer lacked the requisite grounds to make a breathalyzer demand and that as such, his breath samples were obtained in violation of ss. 8 and 9 of the *Charter*. The courts below did not refer explicitly to s. 9 and, in our view, based on the facts of this case, nothing would be added by an analysis under s. 9. Accordingly, our analysis will proceed solely under s. 8.

[15] As this Court explained in *Collins*, where evidence is obtained as a result of a warrantless search or seizure, the onus is on the Crown to show that the search or seizure was reasonable. A search will be reasonable if it is authorized by law, the law itself is reasonable, and the manner in which the search was carried out is reasonable (*Collins*, at p. 278). No issue is taken with the manner in which the search was carried out or the reasonableness of the breath demand provisions in the *Code*. Rather, the only question is whether the arresting officer complied with the statutory preconditions for a valid breath demand.

[16] As noted above, s. 254(3) of the *Criminal Code* requires that the officer have reasonable grounds to believe that within the preceding three hours, the accused has committed, or is committing, an offence under s. 253 of the *Criminal Code*. The onus is on the Crown to prove that the officer had reasonable and probable grounds to make the demand because the Crown seeks to rely on breath samples obtained as a result of a warrantless search. It would also be impractical to place the burden on the accused because evidence of the presence

conducteur de se soumettre à un alcootest. Comme notre Cour l'a expliqué dans *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254, par. 51 : « L'exigence de motifs raisonnables prévue au par. 254(3) est une exigence non seulement légale, mais aussi constitutionnelle, qu'il faut respecter, en vertu de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, à titre de condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime. »

[14] M. Shepherd soutient que le policier n'avait pas les motifs requis pour exiger un alcootest et que les échantillons d'haleine ont donc été obtenus en violation des art. 8 et 9 de la *Charte*. Les juridictions inférieures n'ont pas fait référence explicitement à l'art. 9 et, à notre avis, compte tenu des faits de l'espèce, il ne serait pas utile de procéder à une analyse fondée sur cette disposition. Par conséquent, il sera question ci-après uniquement de l'art. 8.

[15] Comme notre Cour l'a expliqué dans *Collins*, lorsque des éléments de preuve sont recueillis à la suite d'une fouille, perquisition ou saisie effectuée sans mandat, il incombe au ministère public de démontrer que la fouille, perquisition ou saisie n'était pas abusive. Une fouille n'est 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 (*Collins*, p. 278). La façon dont la fouille a été effectuée et le caractère raisonnable des dispositions du *Code* qui concernent la demande d'alcootest ne sont pas en litige. Il s'agit plutôt, et uniquement, de déterminer si le policier ayant procédé à l'arrestation s'est conformé aux conditions légales devant être préalablement remplies pour que la demande d'alcootest soit valide.

[16] Comme nous l'avons vu, le par. 254(3) du *Code criminel* exige que le policier ait des motifs raisonnables de croire que l'accusé est en train de commettre, ou a commis au cours des trois heures précédentes, une infraction prévue à l'art. 253 du *Code criminel*. Puisque le ministère public cherche à s'appuyer sur des échantillons d'haleine obtenus à la suite d'une fouille effectuée sans mandat, il lui incombe de prouver que le policier avait des motifs raisonnables et probables de donner l'ordre de les fournir. Il ne serait d'ailleurs pas pratique de faire

or absence of reasonable and probable grounds is within the "peculiar knowledge" of the Crown (*R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 210).

[17] As this Court noted in *Bernshaw*, there is both a subjective and an objective component to establishing reasonable and probable grounds; that is, the officer must have an honest belief that the suspect committed an offence under s. 253 of the *Criminal Code*, and there must be reasonable grounds for this belief (*Bernshaw*, at para. 48). Here, it is not disputed that the officer had a subjective belief that Mr. Shepherd was intoxicated. The courts below disagreed, however, on whether the officer's subjective belief was reasonable in the circumstances.

[18] In the courts below, the issue arose as to whether the standard of reasonable and probable grounds involves a question of fact or a question of law. This issue bears on the question of the appropriate standard of review of the trial judge's decision. If reasonable and probable grounds are a question of law, then the standard of review is, of course, correctness. On the other hand, if reasonable and probable grounds are a question of fact, the standard of review is that of palpable and overriding error. The issue may also be relevant in determining whether a court has jurisdiction to hear the appeal, although jurisdiction is not an issue before us.

[19] The summary conviction appeal judge characterized the trial judge's conclusion that the officer did not have objective grounds to make the breath demand as a "factual finding", and thus deferred to the trial judge's finding (para. 16). The majority in the Court of Appeal concluded that the issue of reasonable and probable grounds involved a question of law. Smith J.A., in dissent, adopted an intermediate position. While she recognized that the question of whether a legal standard is met is, in a general sense, a question of law, she also held that the summary conviction appeal judge "did not

reposer ce fardeau sur l'accusé puisque le ministère public est « le seul qui puisse apporter » la preuve de l'existence ou de l'absence de motifs raisonnables et probables (*R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 210).

[17] Comme notre Cour l'a fait remarquer dans *Bernshaw*, la preuve de l'existence de motifs raisonnables comporte un élément subjectif et un élément objectif. Cela signifie que le policier doit croire sincèrement que le suspect a commis l'infraction prévue à l'art. 253 du *Code criminel*, et que cette croyance doit être fondée sur des motifs raisonnables (*Bernshaw*, par. 48). En l'espèce, personne ne conteste que le policier croyait subjectivement que M. Shepherd était ivre. Les tribunaux d'instance inférieure diffèrent toutefois d'opinion quant à savoir s'il s'agissait, compte tenu des circonstances, d'une croyance subjective raisonnable.

[18] La question de savoir si le critère des motifs raisonnables et probables soulève une question de droit ou de fait a été débattue devant les juridictions inférieures. Cette question a une incidence sur la détermination de la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision du juge du procès. Si la question des motifs raisonnables et probables est une question de droit, il faut, bien sûr, appliquer la norme de la décision correcte. S'il s'agit plutôt d'une question de fait, la norme de contrôle est celle de l'erreur manifeste et dominante. Cette question est également pertinente afin de déterminer si un tribunal est compétent pour entendre l'appel. La question de la compétence n'est toutefois pas en cause devant notre Cour.

[19] Le juge qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité a jugé que la conclusion du juge du procès selon laquelle le policier n'avait pas de motifs objectifs d'exiger un échantillon d'haleine était une « conclusion de fait ». Il a donc fait preuve de déférence à l'égard de cette conclusion (par. 16). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont plutôt conclu que la question des motifs raisonnables et probables en était une de droit. Le point de vue exprimé par la juge Smith dans sa dissidence se situe entre ces deux pôles. Selon elle, la question de savoir si le critère fixé

err in according deference to the conclusion of the trial judge" regarding the lack of reasonable and probable grounds (para. 53).

[20] While there can be no doubt that the existence of reasonable and probable grounds is grounded in the factual findings of the trial judge, the issue of whether the facts as found by the trial judge amount *at law* to reasonable and probable grounds is a question of law. As with any issue on appeal that requires the court to review the underlying factual foundation of a case, it may understandably seem at first blush as though the issue of reasonable and probable grounds is a question of fact. However, this Court has repeatedly affirmed that the application of a legal standard to the facts of the case is a question of law: see *R. v. Araujo*, 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992, at para. 18; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, at para. 23. In our view, the summary conviction appeal judge erred in failing to distinguish between the trial judge's findings of fact and his ultimate ruling that those facts were insufficient, *at law*, to constitute reasonable and probable grounds. Although the trial judge's factual findings are entitled to deference, the trial judge's ultimate ruling is subject to review for correctness.

[21] In his ruling, the trial judge rightly stated that the totality of the circumstances should be considered in determining whether the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand. The trial judge thus reviewed the evidence before him, including evidence of Mr. Shepherd's driving, appearance, and conduct, as well as Sgt. Sellers' testimony that he believed that Mr. Shepherd's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol. The trial judge noted that the indicia of impairment identified by Sgt. Sellers were "substantially corroborated" by the evidence of Cst. Horsley, the other officer who

par la loi est rempli est, en général, une question de droit, mais elle a aussi conclu que le juge qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité [TRADUCTION] « n'avait pas commis d'erreur en faisant preuve de déférence à l'égard de la conclusion du juge du procès » concernant l'absence de motifs raisonnables et probables (par. 53).

[20] Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'existence de motifs raisonnables et probables découle des conclusions de fait du juge du procès, la question de savoir si les faits qu'il a constatés constituent *en droit* des motifs raisonnables et probables est une question de droit. Comme pour toute question litigieuse en appel nécessitant que la cour examine le contexte factuel qui sous-tend l'affaire, on pourrait penser, à première vue, que la question des motifs raisonnables et probables est une question de fait. Toutefois, notre Cour a, à maintes occasions, affirmé que l'application d'une norme juridique aux faits est une question de droit : voir *R. c. Araujo*, 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992, par. 18; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, par. 23. À notre avis, le juge qui a entendu l'appel de la déclaration sommaire de culpabilité a commis une erreur en ne faisant pas la distinction entre les conclusions de fait du juge du procès et la décision qu'il a ultimement rendue selon laquelle les faits en question ne constituaient pas, *en droit*, des motifs raisonnables et probables. Bien que les conclusions de fait du juge du procès commandent la déférence, la décision qu'il a rendue en définitive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision correcte.

[21] Dans sa décision, le juge du procès a affirmé à juste titre que toutes les circonstances devaient être prises en compte pour juger si le policier avait des motifs raisonnables et probables d'exiger les échantillons d'haleine. Le juge du procès a donc examiné les éléments de preuve portés à sa connaissance, y compris ceux concernant la façon dont M. Shepherd conduisait sa voiture, son apparence et son comportement ainsi que le témoignage du sergent Sellers selon lequel il croyait que la capacité de M. Shepherd de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool. Le juge du procès a souligné que le témoignage de

appeared on the scene shortly after Mr. Shepherd's arrest.

[22] Turning to Mr. Shepherd's explanation that he was driving erratically because he thought the police car was an ambulance, the trial judge noted that this was "just as valid an explanation" for Mr. Shepherd's manner of driving as the suggestion that he was impaired by alcohol. The trial judge went on to conclude that, on the totality of the circumstances, the officer's subjective belief that Mr. Shepherd's ability to operate a motor vehicle was impaired by alcohol was not objectively reasonable.

[23] With respect, it is our view that the trial judge erred in finding that the officer's subjective belief of impairment was not objectively supported on the facts. The officer's belief was based not only on the accused's erratic driving pattern but also on the various indicia of impairment which he observed after he arrested Mr. Shepherd. The trial judge placed substantial weight on Mr. Shepherd's explanation that he thought the police vehicle was an ambulance. Leaving aside the fact that this confusion itself can be a sign of impairment, it is important to note that the officer need not have anything more than reasonable and probable grounds to believe that the driver committed the offence of impaired driving or driving "over 80" before making the demand. He need not demonstrate a *prima facie* case for conviction before pursuing his investigation. In our view, there was ample evidence to support the officer's subjective belief that Mr. Shepherd had committed an offence under s. 253 of the *Criminal Code*. We therefore conclude that the officer had reasonable and probable grounds to make the breath demand, and that Mr. Shepherd's *Charter* claim must fail.

l'agent Horsley, l'autre policier s'étant présenté sur les lieux peu après l'arrestation de M. Shepherd, a [TRADUCTION] « substantiellement corroboré » le témoignage du sergent Sellers concernant les signes d'ébriété qu'il avait relevés.

[22] Quant à l'explication de M. Shepherd selon laquelle il avait conduit de façon erratique parce qu'il avait pris la voiture de police pour une ambulance, le juge du procès a fait remarquer que cette thèse [TRADUCTION] « expliquait tout autant » la façon dont M. Shepherd conduisait que la thèse des facultés affaiblies par l'alcool. Le juge du procès a ensuite conclu que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la croyance subjective du policier que la capacité de M. Shepherd de conduire un véhicule à moteur était affaiblie par l'effet de l'alcool n'était pas objectivement raisonnable.

[23] Avec égard, nous sommes d'avis que le juge du procès a commis une erreur en concluant que la croyance subjective de l'agent en l'affaiblissement des facultés de l'accusé n'était pas objectivement étayée par les faits. En effet, la croyance du policier se fondait non seulement sur le fait que l'accusé conduisait de façon erratique, mais aussi sur les divers indices d'ébriété qu'il avait remarqués après l'arrestation de M. Shepherd. Le juge du procès a accordé une grande importance à l'explication de M. Shepherd voulant qu'il avait pris la voiture de police pour une ambulance. Outre le fait que cette erreur même puisse donner à penser que l'accusé était en état d'ébriété, il importe de noter qu'il suffit que le policier ait des motifs raisonnables et probables de croire que le conducteur a commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies ou de conduite avec une alcoolémie supérieure à 0,08 avant d'exiger l'échantillon d'haleine. Il n'a pas à fournir une preuve *prima facie* justifiant une déclaration de culpabilité pour poursuivre son enquête. À notre avis, la preuve étayait amplement la croyance subjective du policier que M. Shepherd avait commis une infraction prévue à l'art. 253 du *Code criminel*. Nous concluons donc que le policier avait des motifs raisonnables et probables de demander à l'accusé de fournir un échantillon d'haleine, et que la demande de M. Shepherd fondée sur la *Charte* doit échouer.

[24] Having concluded that there was no violation of the *Charter*, it is unnecessary to address the submissions regarding the exclusion of the breath samples under s. 24(2) of the *Charter*. We would note, however, that the s. 24(2) issues argued by counsel on appeal are fully canvassed in *Grant*, released concurrently.

IV. Conclusion

[25] For these reasons, we would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Michael W. Owens, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: Saskatchewan Justice, Regina.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Crown Law Office — Criminal, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Ruby & Edwardh, Toronto.

[24] Comme nous avons conclu qu'il n'y a pas eu violation de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter des arguments qui nous ont été soumis quant à l'exclusion des échantillons d'haleine en application du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, nous tenons à préciser que les questions portant sur le par. 24(2) qui ont été débattues devant nous sont examinées à fond dans *Grant*, rendu en même temps que le présent arrêt.

IV. Conclusion

[25] Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant : Michael W. Owens, Saskatoon.

Procureur de l'intimée : Saskatchewan Justice, Regina.

Procureur de l'intervenant le Directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Bureau des avocats de la couronne — Droit criminel, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Ruby & Edwardh, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Christopher Anthony Layton *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAYTON

Neutral citation: 2009 SCC 36.

File No.: 32883.

2009: April 21; 2009: July 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Question from jury — Charge on reasonable doubt using Lifchus model — Jury asking trial judge for further directions on reasonable doubt — Trial judge repeating in recharge reasonable doubt instructions given in main charge — Whether trial judge erred in repeating same instructions.

The accused was charged with sexual assault. Credibility of the complainant and the accused was the central issue for the jury in deciding whether the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt. The trial judge instructed the jury on reasonable doubt essentially following the *Lifchus* suggested charge and provided a written copy of her charge in the jury room. The jury came back with a question: "Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities." The trial judge simply repeated the original charge almost verbatim. She ended her recharge by saying that every attempt to explain the words "reasonable doubt" leads to more confusion and that there was very little she could add to clarify the definition of these words. The accused was convicted. In a majority decision, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in not providing a responsive answer, quashed the conviction and ordered a new trial.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Christopher Anthony Layton *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. c. LAYTON

Référence neutre : 2009 CSC 36.

N° du greffe : 32883.

2009 : 21 avril; 2009 : 23 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Question du jury — Exposé sur le doute raisonnable fait au moyen du modèle proposé dans Lifchus — Demande de directives supplémentaires concernant le doute raisonnable présentée par le jury à la juge du procès — Reprise par la juge du procès des directives déjà données à cet égard dans l'exposé principal — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en répétant les mêmes directives?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. La crédibilité de la plaignante et de l'accusé était la question principale que le jury devait trancher pour décider si le ministère public avait prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable. La juge du procès a donné aux jurés des directives sur le doute raisonnable en suivant pour l'essentiel l'exposé proposé dans *Lifchus* et elle leur a remis le texte de son exposé, dont ils disposaient dans leur salle de délibérations. Le jury a par la suite posé la question suivante : « Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. » La juge du procès s'est contentée de répéter presque textuellement son exposé initial. Elle a clos la reprise de son exposé en disant que chaque fois qu'on essaie d'expliquer les mots « doute raisonnable » on ne réussit qu'à semer davantage la confusion, et qu'il y avait vraiment très peu de choses qu'elle pouvait ajouter pour clarifier la définition de ce terme. L'accusé a été reconnu coupable. À la majorité, la Cour d'appel a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en ne répondant pas de façon concrète à la question posée par le jury et elle a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Held (McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: When judges follow the *Lifchus* suggested charge their charges on the question of reasonable doubt are unassailable. Where the jury remains in doubt after the judge's charge, however, and asks a question about the standard of proof, the trial judge must attempt to answer the jury's question in an effort to assist them in understanding what is required of them. Otherwise, there will be uncertainty about the integrity and reliability of the jury's verdict and the fairness of the trial will be in question. While, in some cases, repeating the original charge verbatim might be all that is required to assist the jury, in this case the jury had the original charge in writing and had deliberated for a full day. Their question clearly indicated that there was some confusion on their part about the standard of proof. It would have been preferable for the judge to provide clarifications to the jury. Having not done so, it was imperative for the judge to leave the door open for the jury to come back with further, more precise, questions should the standard of proof remain unclear to them. Here, the trial judge's comment at the end of her recharge essentially implied that, even though the jury appeared to have been confused, the judge could not assist them. The result is that the trial judge failed to provide a responsive answer to the jury's question and her final comments discouraged further questions on the standard of proof. This raises a concern that the verdict may not have been based on a proper understanding of the burden of proof and that there was therefore a miscarriage of justice. It could not be inferred from the fact that the jury did not ask further questions that their confusion was clarified. [2-3] [23-24] [29] [31] [33] [37]

Per McLachlin C.J. and Cromwell J. (dissenting): The key question in this case was whether the legally correct instructions given by the trial judge in both her charge and recharge, taken as a whole, gave rise to a reasonable likelihood that the jury did not understand the legal requirement that the Crown must prove guilt beyond a reasonable doubt. [40] [67]

To state that the jury was struggling with the concept of reasonable doubt was reading too much into the jury's question. Their problem was with the term "balance of probabilities". Although the judge's answer to the jury's question would not have assisted their understanding of this term, nothing in the question indicated

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Lorsque les juges suivent l'exposé proposé dans *Lifchus*, leurs exposés sur la question du doute raisonnable sont inattaquables. Toutefois, dans les cas où le jury reste dans le doute après l'exposé du juge et qu'il lui pose une question concernant la norme de preuve, le juge doit tenter de répondre aux jurés afin de les aider à comprendre ce que l'on attend d'eux. Sinon, l'incertitude quant à l'intégrité et au sérieux du verdict rendu par le jury remettra en question l'équité du procès de l'accusé. Bien que, dans certains cas, le seul fait de répéter mot pour mot l'exposé original puisse s'avérer suffisant pour aider le jury, en l'espèce le jury disposait du texte écrit de l'exposé initial et il avait délibéré pendant une journée entière. Sa question indiquait clairement qu'il existait une certaine confusion parmi les jurés au sujet de la norme de preuve. Il aurait été préférable que la juge fournisse des éclaircissements au jury. Ne l'ayant pas fait, elle devait impérativement laisser au jury la possibilité de lui poser d'autres questions, plus précises, si la notion de doute raisonnable demeurerait obscure pour lui. Dans la présente affaire, les observations finales de la juge impliquaient essentiellement que, même si les jurés semblaient embrouillés sur ce point, elle ne pouvait leur venir en aide. En définitive, la juge du procès n'a pas répondu de façon concrète à la question des jurés et ses observations finales ont découragé ces derniers de poser d'autres questions sur la norme de preuve. Pour cette raison, il y a lieu de craindre que le verdict n'ait peut-être pas été basé sur une compréhension adéquate de la norme de preuve et qu'une erreur judiciaire ait en conséquence été commise. On ne peut déduire de l'absence de questions supplémentaires de la part du jury que la confusion avait été dissipée. [2-3] [23-24] [29] [31] [33] [37]

La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (dissidents) : En l'espèce, la question fondamentale consiste à décider si les directives correctes sur le plan juridique données par la juge du procès, tant dans son exposé initial que dans la reprise de celui-ci, considérés dans leur ensemble, ont fait naître une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le sens de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable. [40] [67]

Affirmer que le jury achoppait sur la notion de doute raisonnable c'est voir dans la question de celui-ci plus que ce qu'elle disait. Le problème du jury portait sur l'expression « prépondérance des probabilités ». La réponse de la juge à la question n'aidait pas les jurés à comprendre cette expression, mais rien dans leur question

that the jury failed to understand the requirement of proof beyond reasonable doubt. The jury did not need to understand balance of probabilities in order to apply reasonable doubt properly. In the context of this charge and recharge, there was no reasonable likelihood that the judge's failure to explain the term "balance of probabilities" had any impact on the jury's understanding of the critical point that proof beyond reasonable doubt requires more than proof that the accused was "probably" or "likely guilty". Similarly, the judge's failure to link those terms to the expression proof on a "balance of probabilities" did not give rise to any likelihood that the jury misunderstood this critical point. [44-45] [50] [54]

The jury received correct and readily understandable instructions about reasonable doubt. While the instructions which placed reasonable doubt on a spectrum of degrees of certainty may not have assisted this jury, this should not lead to the conclusion that they also failed to grasp the other explanations of the term included in the charge and recharge, especially where there was no question that the jury understood the very important point that proof beyond a reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilty. [57]

The trial judge did not err by not attempting a new, differently worded explanation of "balance of probabilities" and "absolute certainty". An answer to a jury's question completeness and accuracy, while it should be as complete and accurate as possible, must be assessed in the context of the law concerning the particular question posed. The legal landscape around this jury's question is very complex and the possibility of reversible error in this part of the charge is great. A court reviewing a judge's answer to the jury's question should take a practical view of the risks and benefits of the trial judge's undertaking the course suggested after the fact. Here, the judge's reluctance to depart from the well-established language approved by case law was entirely justified: not only were the risks of attempting some further explanation significant, but also the potential for its appreciably helping the jury were meagre. As well, the trial judge added in the recharge that her obligation was to provide a direction on reasonable doubt and directed the jury's attention to that concept in the instructions. This, in itself, reminded the jury of what was critical to their deliberations. Although a judge should not discourage jury questions on points

n'indiquait que le jury ne comprenait pas qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était exigée. Il n'était pas essentiel que les jurés comprennent la notion de prépondérance des probabilités pour appliquer correctement la norme du doute raisonnable. Dans le contexte de l'exposé et de la reprise de celui-ci, il n'existe pas de probabilité raisonnable que l'omission de la juge d'expliquer l'expression « prépondérance des probabilités » ait eu quelque incidence que ce soit sur la compréhension qu'avaient les jurés du point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est « probablement » ou « vraisemblablement coupable ». De même, l'omission de la juge de faire le lien entre ces expressions et la preuve selon la « prépondérance des probabilités » ne tend pas à indiquer qu'il est vraisemblable que le jury ait mal compris ce point crucial. [44-45] [50] [54]

Le jury a reçu au sujet du doute raisonnable des directives qui étaient correctes et faciles à comprendre. Bien que la directive qui situait le doute raisonnable sur une échelle de degrés de certitude n'ait peut-être pas aidé le jury, ce constat ne devrait pas mener à la conclusion que les jurés n'ont pas saisi les autres explications concernant cette expression que renfermaient l'exposé et sa reprise, d'autant plus qu'il ne faisait aucun doute que le jury avait compris le point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve de la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé. [57]

La juge de procès n'a commis aucune erreur en n'essayant pas d'expliquer dans des mots différents la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue ». Bien que la réponse donnée à une question du jury doive être aussi complète et exacte que possible, il faut évaluer le caractère complet et exact de cette réponse dans le contexte des règles de droit relatives à la question posée. Le paysage juridique dans lequel se situe la question du jury en l'espèce est très complexe et la possibilité que survienne, dans cette partie de l'exposé du juge au jury, une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la décision est élevée. Le tribunal appelé à revoir la réponse qu'un juge a donnée à un jury devrait adopter un point de vue pratique à l'égard des risques et des avantages de la solution que, affirme-t-on a posteriori, le juge du procès aurait dû adopter. En l'espèce, la réticence de la juge à s'écarter d'une formulation bien établie et approuvée par une abondante jurisprudence était entièrement justifiée : non seulement les risques d'une tentative de fournir des explications supplémentaires étaient-ils élevés, mais en outre les chances que ces explications aident le jury de façon appréciable étaient minces. De plus, la juge du procès a ajouté, lors

of difficulty, the judge's instructions in this case were realistic. [58-61] [64] [66]

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; **referred to:** *R. v. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628; *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. v. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Daley, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144; *R. v. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1, rev'd [1995] 4 S.C.R. 253; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306.

Authors Cited

Canadian Judicial Council. National Committee on Jury Instructions. *Jury Instructions*. Ottawa: The Council, 2008 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_en.asp).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008.

Wilson, R. Dean, Nicole J. Garson and Christopher E. Hinkson. *Civil Jury Instructions*, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Monnin, Hamilton and Chartier JJ.A.), 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, 437 W.A.C. 143, 238 C.C.C. (3d) 70, 60 C.R. (6th) 386, 2008 CarswellMan 518, [2008] M.J. No. 346 (QL), setting aside the accused's conviction for sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Cromwell J. dissenting.

de la reprise de son exposé, qu'elle avait l'obligation de fournir aux jurés des directives sur le doute raisonnable, et elle a attiré leur attention sur cette notion dans ses directives. En soi, cette remarque rappelait aux jurés ce qui était important pour leurs délibérations. Les juges ne devraient pas décourager les questions des jurés sur les points qu'ils trouvent obscurs, mais les directives formulées par la juge du procès en l'espèce étaient réalistes. [58-61] [64] [66]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêt appliqué : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts mentionnés :** *R. c. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628; *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88; *R. c. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Daley, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1, inf. [1995] 4 R.C.S. 253; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306.

Doctrine citée

Conseil canadien de la magistrature. Comité national sur les directives au jury. *Les directives au jury*. Ottawa : Le Conseil, 2008 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_fr.asp).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto : Irwin Law, 2008.

Wilson, R. Dean, Nicole J. Garson and Christopher E. Hinkson. *Civil Jury Instructions*, 2nd ed. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin, Hamilton et Chartier), 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, 437 W.A.C. 143, 238 C.C.C. (3d) 70, 60 C.R. (6th) 386, 2008 CarswellMan 518, [2008] M.J. No. 346 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé pour agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell sont dissidents.

Rustyn W. N. Ullrich and *Richard A. Saull*, for the appellant.

Paul Walsh, Q.C., for the respondent.

The judgment of Binnie, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — This appeal as of right raises the question of the response required of a trial judge in a criminal case when, following the judge's charge, the jury asks a question about the standard of proof. Where the trial judge provides the jury with a proper charge, need the judge go further in response to a question than repeating the charge as originally given?

[2] At one time there had been considerable confusion about the way in which proof beyond a reasonable doubt was to be explained to a jury: see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5th ed. 2008), at p. 526, and the Canadian Judicial Council website at http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_en.asp. In *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, Cory J. set out the principles for instructing juries on this issue and provided a suggested charge. While not a "magic incantation", the charge formulated in *Lifchus* has been followed by trial judges and has formed the basis of a model jury instruction issued by the Canadian Judicial Council for judges to read when informing juries about the nature of the criminal standard of proof and the issues that are specific to the case: see *R. v. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126, at para. 6. When judges follow the *Lifchus* suggested charge or the model jury instructions issued by the Canadian Judicial Council, their charges on the question of reasonable doubt are unassailable: see *Lifchus*, at para. 40.

[3] Trial judges are understandably reluctant to depart from the *Lifchus* or model charge for fear of straying into error or misleading the jury. However, where the jury remains in doubt after the judge reads the charge and asks a question about

Rustyn W. N. Ullrich et *Richard A. Saull*, pour l'appelante.

Paul Walsh, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Binnie, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Ce pourvoi de plein droit porte sur la réponse que doit donner le juge du procès dans une instance criminelle lorsque, après son exposé au jury, ce dernier lui pose une question sur la norme de preuve. Le juge de première instance qui a fait un exposé correct au jury doit-il, en réponse à une question, faire davantage que répéter l'exposé qu'il avait présenté au départ?

[2] À une certaine époque, une grande confusion entourait la façon dont la notion de preuve hors de tout doute raisonnable devait être expliquée au jury : voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (5e éd. 2008), p. 526, et le Conseil canadien de la magistrature (voir le site Web à l'adresse http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_fr.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_fr.asp. Dans *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, le juge Cory a énoncé les principes régissant les directives à donner au jury sur cette question et a proposé un exposé. Bien qu'il ne constitue pas une « formule magique », l'exposé formulé dans *Lifchus* a été suivi par les juges de première instance et constitue l'assise des modèles de directives au jury publiés par le Conseil canadien de la magistrature à l'intention des juges qui doivent expliquer aux jurys la nature de la norme de preuve criminelle et les questions touchant spécifiquement la cause dont ils sont saisis : voir *R. c. Tymiak*, 2005 ABCA 22, 363 A.R. 126, par. 6. Lorsque les juges suivent l'exposé proposé dans *Lifchus* ou le modèle de directives au jury publié par le Conseil canadien de la magistrature, leurs exposés sur la question du doute raisonnable sont inattaquables : voir *Lifchus*, par. 40.

[3] On peut comprendre que, par crainte de commettre une erreur ou d'induire le jury en erreur, les juges de première instance soient réticents à s'écarter de l'exposé proposé dans *Lifchus* ou du modèle de directives. Mais lorsque le jury reste dans le

the standard of proof, I am of the opinion that the trial judge must attempt to answer the jury's question in an effort to assist them in understanding what is required of them. Otherwise, there will be uncertainty about the integrity and reliability of the jury's verdict and the fairness of the accused's trial will be in question: see *Lifchus*, at paras. 13-14.

[4] As Cory J. explained at para. 13 of *Lifchus*, it is of fundamental importance to the criminal justice system that jurors clearly understand the meaning of the term "proof beyond a reasonable doubt":

> The onus resting upon the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence. That jurors clearly understand the meaning of the term is of fundamental importance to our criminal justice system. . . . There cannot be a fair trial if jurors do not clearly understand the basic and fundamentally important concept of the standard of proof that the Crown must meet in order to obtain a conviction.

[5] Here, the trial judge provided the jury with a charge essentially in the words suggested by Cory J. in *Lifchus*. When the jury came back with a question about the standard of proof, the trial judge, not wanting to mislead or confuse the jury, simply repeated the charge she had originally given, almost verbatim.

[6] In the Manitoba Court of Appeal's majority judgment, Hamilton J.A. (with Chartier J.A. concurring) found that the trial judge had erred in not providing a responsive answer to the question asked by the jury. It allowed the accused's appeal, quashed the conviction and ordered a new trial: 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143. Monnin J.A., in dissent, held that providing anything more than a repetition of the initial charge would have led the trial judge into error and confused the jury.

[7] I agree with the decision and disposition ordered by the majority and would dismiss this appeal.

doute après la lecture de l'exposé fait par le juge et qu'il lui pose une question concernant la norme de preuve, je suis d'avis que le juge doit tenter de répondre aux jurés afin de les aider à comprendre ce que l'on attend d'eux. Sinon, l'incertitude quant à l'intégrité et au sérieux du verdict rendu par le jury remettra en question l'équité du procès de l'accusé : voir *Lifchus*, par. 13-14.

[4] Comme l'explique le juge Cory au par. 13 de l'arrêt *Lifchus*, il est d'une importance capitale pour le système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable » :

> La charge qui incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence. Il est d'une importance fondamentale pour notre système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de cette expression. [. . .] Il ne peut y avoir de procès équitable si les jurés ne comprennent pas clairement le concept de base et fondamentalement important de la norme de preuve que le ministère doit respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité.

[5] En l'espèce, l'exposé de la juge du procès reprenait pour l'essentiel la formulation proposée par le juge Cory dans *Lifchus*. Lorsque le jury est revenu poser une question sur la norme de preuve, la juge du procès, soucieuse de ne pas induire les jurés en erreur ou les embrouiller, s'est contentée de répéter presque textuellement son exposé initial.

[6] Dans le jugement majoritaire de la Cour d'appel du Manitoba, la juge Hamilton (avec l'accord du juge Chartier) a conclu que la juge du procès avait commis une erreur en ne répondant pas de façon concrète à la question posée par le jury. La Cour a accueilli l'appel interjeté par l'accusé, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès : 2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143. Le juge Monnin, dissident, estimait que toute réponse qui ne se serait pas limitée à une répétition de l'exposé initial aurait amené la juge du procès à commettre une erreur et aurait embrouillé le jury.

[7] Je suis d'accord avec la décision et le dispositif des juges majoritaires et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

1. Facts

[8] The alleged offence of sexual assault occurred on August 7, 2004 in Winnipeg. The complainant, who was 16 years of age at the time, had gone out drinking with friends late on the evening of Friday, August 6. She and her friends wanted to attend a house party but they were denied entry. As a result, they went to a park across the street from where the party was taking place.

[9] The complainant testified that in addition to alcohol, she had shared a marijuana "joint" with some friends. She became dizzy and characterized herself as intoxicated. The complainant passed out and says she awoke with the accused engaging in sexual intercourse with her. The accused admitted speaking to her in the park and trying to help her but denied sexual contact.

[10] The accused was charged with sexual assault. As stated by the majority of the Court of Appeal at para. 2, "the credibility of the complainant and the accused was the central issue for the jury in deciding whether the Crown had proved the offence beyond a reasonable doubt".

[11] The trial judge provided the jury with a thorough 71-page charge. The jury had a written copy of the judge's charge in the jury room.

[12] The charge had correctly instructed the jury that, "[y]ou must find Christopher Layton not guilty of the offence unless Crown counsel satisfies you beyond a reasonable doubt that he is guilty."

[13] The trial judge then went on to explain reasonable doubt:

> A reasonable doubt is not a far-fetched or frivolous doubt. It is not a doubt based on sympathy or prejudice. Rather, it is a doubt based on reason and common sense. It is a doubt that logically arises from the evidence or lack of evidence or absence of reliable evidence. It is a doubt about an essential element of an offence.

1. Les faits

[8] L'agression sexuelle reprochée se serait produite le 7 août 2004 à Winnipeg. La plaignante, âgée de 16 ans à l'époque, était sortie avec des amis pour boire, à une heure avancée de la soirée le vendredi 6 août. Ses amis et elle voulaient participer à une fête dans une maison, mais on leur a refusé l'entrée. Ils ont alors traversé la rue pour gagner un parc situé en face de l'endroit où avait lieu la fête.

[9] La plaignante a témoigné que, en plus de boire de l'alcool, elle avait partagé un « joint » de marijuana avec quelques amis. Elle avait la tête qui tournait et, selon ses dires, elle était en état d'ébriété. La plaignante a perdu connaissance et elle dit que lorsqu'elle a repris conscience, l'accusé était en train d'avoir des rapports sexuels avec elle. L'accusé a admis lui avoir parlé dans le parc et avoir essayé de l'aider, mais il a nié tout contact sexuel.

[10] L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. Comme l'indique le jugement majoritaire de la Cour d'appel au par. 2, [TRADUCTION] « la crédibilité de la plaignante et de l'accusé était la question principale que le jury devait trancher pour décider si le ministère public avait prouvé l'infraction hors de tout doute raisonnable ».

[11] La juge du procès a fait au jury un exposé très complet, long de 71 pages. Dans la salle de délibérations, le jury disposait du texte de cet exposé.

[12] La juge a à juste titre dit au jury : [TRADUCTION] « Vous devez déclarer Christopher Layton non coupable de l'infraction à moins que le ministère public ne vous convainque hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable. »

[13] Elle a ensuite expliqué la notion de doute raisonnable :

> [TRADUCTION] Un doute raisonnable n'est pas un doute tiré par les cheveux ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve, de l'absence de preuve ou de l'absence de preuve fiable. Il doit porter sur un élément essentiel d'une infraction.

It is not enough for you to believe that Mr. Layton is probably or likely guilty. In those circumstances, you must find him not guilty because Crown counsel would have failed to satisfy you of his guilt beyond a reasonable doubt. Proof of probable or likely guilt is not proof of guilt beyond a reasonable doubt.

You should also remember, however, that it is nearly impossible to prove anything with absolute certainty. Crown counsel is not required to do so. Absolute certainty is a standard of proof that is impossibly high and does not exist in law. However, the reasonable doubt standard falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. Something less than absolute certainty is required . . ., and something more than probable guilt is required. [A.R., at pp. 115-16]

[14] The jury deliberated all day but did not reach a verdict. The next day, the jury provided a handwritten question to the judge.

Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the Jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities. Page 15.

[15] The trial judge conferred with counsel, both of whom provided some suggestions to the judge as to how to answer the question. Both counsel agreed that it may have been the concept of balance of probabilities that was causing confusion. Defence counsel, Mr. Cramer, stated:

Well, the only thing is I think they're confused about what balance of probabilities means and . . . . [A.R., at pp. 155-56]

Crown counsel, Mr. Ullrich, said:

But again, I think we're conceding what Mr. Cramer said. The concept of balance of probabilities might be the sticking point here, given the way that they've worded the question as well it seems to be that that might be one of the issues in their minds. [A.R., at p. 156]

Nonetheless, the judge decided not to address the concept of balance of probabilities and simply to

Même si vous croyez que M. Layton est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez le déclarer non coupable, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Une preuve de culpabilité probable ou vraisemblable ne constitue pas une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Cependant, vous devez également vous rappeler qu'il est virtuellement impossible de prouver quelque chose avec une certitude absolue. Le ministère public n'est pas tenu de le faire. Une telle norme de preuve est impossiblement élevée et n'existe pas en droit. La norme du doute raisonnable se rapproche toutefois davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Il faut moins que la certitude absolue . . ., et plus que la culpabilité probable. [d.a., p. 115-116]

[14] Le jury a délibéré toute la journée sans arriver à un verdict. Le lendemain, il a fait parvenir à la juge la question suivante, rédigée à la main :

[TRADUCTION] Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. Page 15.

[15] La juge du procès s'est entretenue avec les avocats, qui lui ont tous deux fait des suggestions sur la façon de répondre à la question. Les deux avocats étaient d'accord pour dire que c'était sans doute la notion de prépondérance des probabilités qui créait de la confusion. L'avocat de la défense, M^e^ Cramer, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Eh bien, la seule chose, je pense, est qu'ils sont embrouillés à propos du sens de la notion de prépondérance des probabilités et . . . [d.a., p. 155-156]

L'avocat du ministère public, M^e^ Ullrich, s'est pour sa part exprimé ainsi :

[TRADUCTION] Mais là encore, nous admettons je crois ce que M^e^ Cramer a dit. La notion de prépondérance des probabilités pourrait bien être la pierre d'achoppement en l'espèce, vu la façon dont ils ont formulé la question il se pourrait bien que ce soit une des questions qui les préoccupent. [d.a., p. 156]

La juge a tout de même décidé de ne pas aborder la notion de prépondérance des probabilités et de

repeat the original charge. The trial judge explained to counsel:

. . . I think the best approach at this time is to simply tell them that, you know, it's a difficult -- it's not, strictly speaking, a definition. To define it would in all likelihood lead to more confusion. In terms of the balance of probabilities, I'm not going to touch that at this point. I'm going to go over what I said with them previously. Sometimes when you hear it as opposed to read it, it can help. If they have any further problems I'm sure they'll come back to us. But I think the best approach at this point is to be cautious and to not say anything that might in some way prejudice, prejudice either side. [Emphasis added; A.R., at pp. 157-58.]

[16] Before repeating her instructions on reasonable doubt, the trial judge told the jury:

We have your question and we have considered it.

Let me start off by again -- let me just go through what I previously told you. Now, just listen carefully to what I've said. [A.R., at p. 158]

The trial judge then repeated her original reasonable doubt instruction almost verbatim.

[17] After repeating her reasonable doubt instructions, the trial judge said to the jury:

My obligation is to provide you with direction on reasonable doubt, but not, strictly speaking, a definition. The words "reasonable doubt" defy precise interpretation. Every attempt to explain them leads to more confusion as opposed to clarity. So that I must accordingly leave you with the instruction the way as -- the way that I gave it to you and have just repeated it for you.

I hope that helps. And so essentially the reasonable doubt definition that I gave to you is as page 14, 15 and 16 of the charge, there is really very little I can add to clarify it because, as I said, it is, it is not, strictly

simplement répéter son exposé initial. Elle s'en est expliqué aux avocats dans les termes suivants :

[TRADUCTION] . . . je pense que la meilleure façon de procéder à ce moment-ci, c'est de leur dire simplement, vous savez, c'est une notion difficile -- il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une définition. La définir créerait selon toute probabilité encore plus de confusion. En ce qui concerne la prépondérance des probabilités, je ne vais pas aborder cette question à ce point-ci. Je vais répéter ce que je leur ai déjà dit. Parfois, quand vous entendez quelque chose plutôt que de le lire, cela peut aider. S'ils ont d'autres difficultés, je suis sûre qu'ils reviendront nous en faire part. Mais je pense que le mieux, à ce stade-ci, c'est de faire preuve de prudence et de ne rien dire qui risque d'une façon ou d'une autre de porter préjudice à l'une ou l'autre partie. [Je souligne; d.a., p. 157-158.]

[16] Avant de répéter ses directives sur la notion de doute raisonnable, la juge du procès a dit ce qui suit aux jurés :

[TRADUCTION] Nous avons reçu votre question et nous l'avons examinée.

Permettez-moi de commencer en revenant -- permettez-moi de simplement répéter ce que je vous ai déjà dit. Je vous demande simplement d'écouter attentivement ce que j'ai dit. [d.a., p. 158]

La juge a alors répété presque textuellement ses directives initiales sur la notion de doute raisonnable.

[17] Après avoir répété ses directives sur la notion de doute raisonnable, la juge a ajouté ceci :

[TRADUCTION] Mon obligation consiste à vous donner des directives au sujet du doute raisonnable, mais pas, à proprement parler, une définition de ce terme. Les mots « doute raisonnable » résistent à toute interprétation précise. Chaque fois qu'on essaie de les expliquer, on ne réussit qu'à semer davantage la confusion plutôt qu'à en clarifier la signification. Je dois par conséquent vous demander de vous en remettre aux directives formulées de la façon -- de la façon dont je vous les ai exposées et que je viens juste de répéter à votre intention.

J'espère que cela vous aidera. Donc, essentiellement, la définition du doute raisonnable que je vous ai donnée est celle qui se trouve aux pages 14, 15 et 16 de l'exposé, il y a vraiment très peu de choses que je peux ajouter

speaking, a definition that I can give you that will help you. [Emphasis added; A.R., at p. 159.]

2. Analysis

[18] At the outset, it is important to stress that the original charge to the jury was unassailable. It was modelled on the *Lifchus* suggested charge and there can be no doubt that, in the absence of a question from the jury, there would have been no error by the trial judge. The problem which arose is solely related to the way in which the trial judge responded to the jury's question.

[19] Her comments to counsel made clear that she did not want to create further confusion for the jury and stray into error in responding to the jury's question. The trial judge was justifiably cautious in her reluctance to depart from the adequate charge she had already given.

[20] However, as explained by Cory J. in *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, the implication of a question from the jury is that, on the issue raised in the question, there is confusion. Assistance must be provided. At p. 528, Cory J. stated:

A question presented by a jury gives the clearest possible indication of the particular problem that the jury is confronting and upon which it seeks further instructions. Even if the question relates to a matter that has been carefully reviewed in the main charge, it still must be answered in a complete and careful manner.

And at p. 530:

With the question the jury has identified the issues upon which it requires direction. It is this issue upon which the jury has focused. No matter how exemplary the original charge may have been, it is essential that the recharge on the issue presented by the question be correct and comprehensive. No less will suffice. The jury has said in effect, on this issue there is confusion, please help us. That help must be provided.

[21] In *R. v. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375, the trial judge charged the jury based on Cory J.'s suggested charge in *Lifchus*. The defence counsel

pour la clarifier, car, comme je l'ai dit, c'est, ce n'est pas, à strictement parler, la définition que je pourrais vous donner qui vous aidera. [Je souligne; d.a., p. 159.]

2. Analyse

[18] D'entrée de jeu, il importe de souligner que l'exposé initial fait au jury est inattaquable. Il était conforme à l'exposé proposé dans *Lifchus* et il ne fait aucun doute que, si le jury n'avait pas posé de question, il n'y aurait eu aucune erreur de la part de la juge du procès. Le problème qui est apparu tient uniquement à la manière dont la juge du procès a répondu à la question du jury.

[19] Il ressort clairement de ses observations aux avocats qu'elle voulait éviter de semer une plus grande confusion chez les jurés et de se tromper en répondant à la question qu'ils avaient posée. La juge a à juste titre fait preuve de prudence en se montrant réticente à s'écarter de l'exposé adéquat qu'elle avait déjà donné.

[20] Cependant, comme l'a expliqué le juge Cory dans *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, la présentation d'une question par le jury implique qu'il existe de la confusion au sujet du point soulevé dans cette question. Il faut alors lui venir en aide. À la page 528, le juge Cory a écrit ceci :

La question posée par un jury reflète le plus clairement possible le problème particulier devant lequel il se trouve et au sujet duquel il demande des directives supplémentaires. Même si la question se rapporte à un sujet qui a été examiné soigneusement dans l'exposé principal, il faut y répondre quand même de façon complète et attentive.

Et il a ajouté ce qui suit à la p. 530 :

Par sa question, le jury a indiqué les points sur lesquels il a besoin de directives. C'est sur ce point-là qu'il s'est concentré. Quelque exemplaire qu'ait pu être l'exposé original, il est essentiel que l'exposé supplémentaire sur le point soulevé par la question soit correct et complet. Rien de moins ne suffira. Le jury a dit en fait qu'il existe une certaine confusion sur ce point et qu'il a besoin d'aide. Il faut fournir cette aide.

[21] Dans *R. c. D.P.*, 2002 ABCA 285, 317 A.R. 375, l'exposé au jury fait par le juge du procès était fondé sur le modèle proposé par le juge Cory dans

asked that the charge be refined with the benefit of this Court's statements in *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144. The trial judge refused. When the jury came back with a request for a definition of "proof beyond a reasonable doubt", the defence repeated its request. The trial judge again refused and simply repeated his original charge. The Alberta Court of Appeal held that "the jury's question made it apparent that further definition about the concept of reasonable doubt was required. The judge's responsibility at that point was to assist the jury in achieving a better understanding of that concept" (para. 8). It quashed the conviction, concluding that the jury received no meaningful assistance and was therefore likely under a misapprehension about the meaning of reasonable doubt.

Lifchus. L'avocat de la défense a demandé au juge de préciser l'exposé en tenant compte des observations formulées par notre Cour dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144. Le juge a refusé de le faire. Lorsque le jury a demandé une définition de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable », la défense a réitéré sa requête. Le juge a une fois de plus refusé et s'est contenté de répéter son exposé initial. La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que [TRADUCTION] « la question des jurés montrait bien qu'une définition plus précise de la notion de doute raisonnable était nécessaire. À ce stade, le juge était tenu d'aider les jurés à mieux saisir cette notion » (par. 8). La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité, jugeant que les jurés n'avaient pas obtenu d'assistance utile et que, en conséquence, ils ne comprenaient vraisemblablement pas bien la notion de doute raisonnable.

[22] In *R. v. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), the jury asked to rehear the evidence of the complainant. The trial judge responded that they could, but then underlined how long the testimony was and suggested they would be required to stay at the courthouse over night. He sent the jury back to reconsider its request with this information. The jury returned with a guilty verdict. Labrosse J.A. concluded for a five-member panel of the Ontario Court of Appeal, at p. 645, that:

> The words of the trial judge may well have discouraged the jury from rehearing and resolving whatever aspect of the complainant's evidence it found troubling. In my view, the trial judge should have ensured that the jury's concerns were met and that it received the assistance it required. In effect, the jury received no assistance from the trial judge with respect to its request.
>
> In a case which turned on the respective credibility of the complainant and the accused, the trial judge's error was fatal and the conviction cannot stand.

[22] Dans *R. c. Henderson* (1999), 44 O.R. (3d) 628 (C.A.), le jury avait demandé d'entendre de nouveau le témoignage de la plaignante. Le juge du procès a répondu que c'était possible, mais il a ensuite souligné la longueur de ce témoignage et évoqué l'idée que les jurés devraient sans doute passer la nuit au palais de justice. Il a renvoyé les jurés pour qu'ils reconsidèrent leur demande à la lumière de cette information. Le jury est revenu et a rendu un verdict de culpabilité. S'exprimant au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Labrosse est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 645 :

> [TRADUCTION] Il est fort possible qu'il [le jury] ait renoncé à réentendre le témoignage de cette dernière et à éclaircir ce qui, dans ce témoignage, lui paraissait soulever des difficultés, en raison des explications données par le premier juge. À mon avis, le juge du procès aurait dû veiller à répondre aux préoccupations du jury et à ce que celui-ci reçoive l'aide demandée. Dans les faits, le jury n'a obtenu aucune assistance de la part du juge du procès à l'égard de sa demande.
>
> Dans une affaire où l'issue du procès reposait sur la crédibilité respective de la plaignante et de l'accusé, l'erreur du premier juge est fatale et la déclaration de culpabilité ne saurait être maintenue.

[23] Here, the trial judge essentially repeated her original charge verbatim. In some cases, repeating

[23] En l'espèce, la juge du procès a pour l'essentiel répété textuellement son exposé initial. Dans

the original charge verbatim might be all that is required to assist the jury. For example, where the original charge was not provided to the jury in writing and the jury indicates in its question that it has forgotten the original charge, repeating the instruction may be all that is necessary. For instance, in *R. v. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (Ont. C.A.), the jury asked for "a repetition of the difference between first degree murder, second degree murder and manslaughter". In *R. v. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263 (Ont. C.A.), the jury asked the trial judge to "review the definition of reasonable doubt" (para. 27). Cronk J.A. stated that the correct instructions from the main charge on this issue "were probably not fresh in the minds of the jurors at the time of the recharge" (para. 45). In such cases, repeating the original instruction is an appropriate response.

[24] However, in this case, the jury had the original charge in writing. Deliberations had gone on for a full day and the jury's question not only uses terms included in the original charge but also cites a specific page of that charge. There can be little doubt that there was some confusion on the part of one or more of the members of the jury about the standard of proof to be met by the Crown in order to secure a guilty verdict and there can be little doubt that the jury had reread the charge.

[25] As the respondent's counsel, Mr. Walsh, pointed out in argument, there are different ways of expressing the same idea. While the meaning of the original charge is understandable to lawyers and judges, it may not be to lay members on a jury. Cory J. recognized this in *Lifchus* when he wrote, at para. 40, that the suggested charge was not a "magic incantation". Explaining the idea the jury has asked to have clarified in different words may be what is necessary for the jury to understand.

certains cas, cette seule mesure peut s'avérer suffisante pour aider le jury. Par exemple, lorsque le texte de l'exposé initial n'a pas été remis aux jurés et que celui-ci indique, dans sa question, qu'il a oublié cet exposé, il pourra suffire de répéter les directives. Ainsi, dans *R. c. Desveaux* (1986), 26 C.C.C. (3d) 88 (C.A. Ont.), le jury avait demandé qu'on lui [TRADUCTION] « rappelle la différence entre le meurtre au premier degré, le meurtre au second degré et l'homicide involontaire coupable ». Dans *R. c. M. (M.C.)* (2003), 176 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Ont.), le jury avait demandé au juge du procès de [TRADUCTION] « revenir sur la définition du doute raisonnable » (par. 27). La juge d'appel Cronk a déclaré que les directives par ailleurs correctes sur ce point données dans l'exposé principal [TRADUCTION] « n'étaient probablement pas fraîches dans l'esprit des jurés au moment de la reprise de l'exposé » (par. 45). Dans de tels cas, répéter les directives initiales constitue une réponse adéquate.

[24] Cependant, dans l'affaire qui nous occupe, le jury disposait du texte de l'exposé initial. Les délibérations duraient depuis une journée entière et la question du jury reprenait non seulement des termes figurant dans l'exposé initial mais mentionnait également une page précise de l'exposé. Il fait peu de doute qu'il existait une certaine confusion chez un ou plusieurs jurés au sujet de la norme de preuve à laquelle le ministère public doit satisfaire pour obtenir un verdict de culpabilité, et que le jury avait relu l'exposé.

[25] Comme l'a fait valoir dans sa plaidoirie l'avocat de l'intimé, M^{e} Walsh, il existe différentes façons d'exprimer la même idée. Bien que la signification de l'exposé initial soit compréhensible pour les avocats et les juges, elle ne l'est pas nécessairement pour les profanes qui font partie d'un jury. Le juge Cory l'a reconnu dans *Lifchus* lorsqu'il a écrit, au par. 40, qu'il ne fallait pas voir dans l'exposé proposé une « formule magique ». Le fait d'expliquer dans des mots différents la notion au sujet de laquelle le jury a demandé des éclaircissements peut constituer la mesure nécessaire pour qu'il la comprenne bien.

[26] Here, counsel agreed that the question asked by the jury seemed to suggest that there was confusion about the concept of balance of probabilities. The charge had addressed proof on a balance of probabilities on the one hand and absolute certainty on the other. The charge explained that a guilty verdict could not be based on probable or likely guilt and that proof of absolute certainty is impossibly high. It correctly described proof beyond a reasonable doubt as being much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities: see *Starr*, at para. 242. However, the jury was still having difficulty with these concepts.

[27] At paras. 26-27, Hamilton J.A. suggested that the concepts of balance of probabilities and absolute certainty could have been explained this way:

> The judge might have simply advised the jury that the reference to balance of probabilities means the same as "probably or likely guilty" and "probable guilt", being phrases used elsewhere in her reasonable doubt instructions.
>
> I can understand why counsel and the trial judge found it difficult to explain "absolute certainty". Nonetheless, a response was required. The trial judge might have explained that to know something with absolute certainty is to know something beyond the possibility of any doubt whatsoever. She could have then reminded the jury that such a standard is impossibly high and is not required by law.

[28] The concept of balance of probabilities could also have been explained with reference to the civil standard of proof. R. D. Wilson, N. J. Garson and C. E. Hinkson's *Civil Jury Instructions* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 4.7.4, provides the following sample instruction for explaining balance of probabilities to a civil jury:

> 4. What does "proof on a balance of probabilities" mean? It does not mean proof beyond a reasonable

[26] En l'espèce, les avocats s'accordaient pour dire que la question posée par le jury semblait indiquer l'existence d'une certaine confusion au sujet de la notion de prépondérance des probabilités. Dans son exposé, la juge avait parlé de la preuve en fonction de la prépondérance des probabilités d'une part, et de la certitude absolue d'autre part. Elle avait expliqué qu'un verdict de culpabilité ne pouvait pas être fondé sur la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé, et que la preuve suivant la certitude absolue est une norme impossiblement élevée. La juge a avec raison précisé que la preuve hors de tout doute raisonnable se rapproche bien davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités : voir *Starr*, par. 242. Mais ces notions donnaient encore du fil à retordre aux jurés.

[27] Aux paragraphes 26 et 27, la juge Hamilton de la Cour d'appel a indiqué que les notions de prépondérance des probabilités et de certitude absolue auraient pu être expliquées comme suit :

> [TRADUCTION] La juge aurait pu simplement dire au jury que la mention de la prépondérance des probabilités signifie la même chose que « probablement ou vraisemblablement coupable » et que « culpabilité probable », expressions qu'elle avait employées ailleurs dans ses directives sur le doute raisonnable.
>
> Je peux comprendre que les avocats et la juge du procès aient trouvé difficile d'expliquer la notion de « certitude absolue ». Il n'en demeure pas moins qu'il fallait répondre à la question. La juge aurait pu expliquer que le fait de savoir quelque chose avec une certitude absolue signifie le savoir sans qu'il soit possible d'avoir quelque doute que ce soit à cet égard. Elle aurait pu rappeler aux jurés qu'une telle norme est impossiblement élevée et n'est pas requise en droit.

[28] La notion de prépondérance des probabilités aurait pu également être expliquée au moyen de la norme de preuve du droit civil. On trouve, dans les *Civil Jury Instructions* de R. D. Wilson, N. J. Garson et C. E. Hinkson (2e éd. (feuilles mobiles)), § 4.7.4, le modèle suivant de directive destinée à expliquer à un jury dans une cause civile la notion de prépondérance des probabilités :

> [TRADUCTION] 4. Qu'entend-on par « preuve selon la prépondérance des probabilités »? Il ne s'agit pas de la

doubt — that standard of proof applies only in criminal trials. In civil trials, such as this one, the party who has the burden of proof on an issue must convince you that what he or she asserts is more probable than not — that the balance is tipped in his or her favour. You must examine the evidence and determine whether the party who has the burden of proof on an issue is relying on evidence that is more convincing than the evidence relied on by the other side. In short, you must decide whether the existence of the contested fact is more probable than not.

[29] While the trial judge was understandably reticent to stray from the *Lifchus* framework, these appear to be acceptable clarifications in response to the jury's question. Even though it would have been preferable for the judge to provide clarifications to the jury, if she chose not to provide any, it was imperative to leave the door open for the jury to come back with further, more precise, questions should it remain unclear on the concept of reasonable doubt.

[30] The error in this case arose with how the judge ended her recharge. There were two problems with what she said after repeating her reasonable doubt instruction. The first was the judge's statement that every attempt to explain the words "reasonable doubt" leads to more confusion as opposed to clarity. The second was that the judge said that there was very little that she could add to clarify reasonable doubt.

[31] Essentially, these comments imply that even though the jury appeared to have been confused, the judge could not assist them. The jury was sent back to deliberate without anything more to help them understand the concepts of balance of probabilities, absolute certainty and reasonable doubt. Exacerbating the problem was that the judge said there was "very little [she could] add to clarify", thereby implying that there was no reason for the jury to return with another question or to try to clarify more precisely what was causing the confusion.

preuve hors de tout doute raisonnable — cette norme de preuve s'applique seulement dans les procès criminels. Dans les procès civils, comme celui-ci, la partie à qui incombe le fardeau de la preuve sur une question doit vous convaincre que ce qu'elle soutient est plus probable qu'improbable — que la balance penche en sa faveur. Vous devez examiner la preuve et décider si la partie à qui incombe le fardeau de la preuve sur un point donné s'appuie sur une preuve plus convaincante que celle sur laquelle s'appuie l'autre partie. En résumé, vous devez décider si l'existence du fait contesté est plus probable qu'improbable.

[29] Bien que la réticence de la juge du procès à s'écarter du cadre proposé dans *Lifchus* soit compréhensible, ces explications paraissent constituer des éclaircissements acceptables en réponse à la question posée par le jury. Il aurait été préférable que la juge fournisse des éclaircissements au jury; si elle décidait de ne pas le faire, elle devait impérativement laisser au jury la possibilité de revenir poser d'autres questions, plus précises, si la notion de doute raisonnable demeurait obscure pour lui.

[30] En l'espèce, l'erreur tient à la façon dont la juge a clos la reprise de son exposé. Ce qu'elle a dit après avoir répété ses directives concernant la notion de doute raisonnable posait deux problèmes. Premièrement, elle a affirmé que toute tentative d'explication des mots « doute raisonnable » sème davantage de confusion qu'elle n'éclaire sur cette notion. Deuxièmement, elle a dit qu'il y avait très peu de choses qu'elle pouvait ajouter pour clarifier la notion de doute raisonnable.

[31] Essentiellement, ces propos impliquent que, même si les jurés semblaient embrouillés sur ce point, la juge ne pouvait leur venir en aide. Elle a renvoyé les jurés à leurs délibérations sans leur donner aucun autre élément susceptible de les aider à saisir les notions de prépondérance des probabilités, de certitude absolue et de doute raisonnable. La juge a exacerbé le problème en disant qu'il y avait [TRADUCTION] « très peu de choses [qu'elle pouvait] ajouter pour clarifier » la notion de doute raisonnable, laissant ainsi entendre qu'il n'y avait aucune raison que les jurés lui posent une nouvelle question ou qu'elle tente de préciser davantage ce qui causait la confusion.

[32] A verbatim reiteration of the initial charge would not have been fatal had the judge made it absolutely clear to the jury that it was welcome to return with further questions if jury members were still confused. But the jury was discouraged from doing so by the words the trial judge used.

[33] The result is that the trial judge failed to provide a responsive answer to the jury's question and her final comments discouraged further questions on the standard of proof. This raises a concern that the verdict may not have been based on a proper understanding of the standard of proof and that there was therefore a miscarriage of justice.

[34] In dissent, Monnin J.A. cited authority for the proposition that there exists in a jury an "extrinsic common sense" that must not be understated. I agree. However, in my respectful opinion the common sense of the jury pertains to its determination of the guilt or innocence of the accused only after it understands the relevant law and specifically the criminal standard of proof. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, Dickson C.J. wrote, at p. 692:

> The very strength of the jury is that the ultimate issue of guilt or innocence is determined by a group of ordinary citizens who are not legal specialists and who bring to the legal process a healthy measure of common sense. The jury is, of course, bound to follow the law as it is explained by the trial judge. [Emphasis added.]

[35] It cannot be assumed that the jury's common sense can be relied upon when it comes to legal concepts such as the standard of proof. As explained by Cory J. in *Lifchus*, at para. 22:

> The phrase "beyond a reasonable doubt", is composed of words which are commonly used in everyday speech. Yet, these words have a specific meaning in the legal context. This special meaning of the words "reasonable doubt" may not correspond precisely to the

[32] La répétition textuelle de l'exposé initial n'aurait pas été une erreur fatale si la juge avait indiqué très clairement au jury qu'il pouvait poser d'autres questions si les choses demeuraient confuses pour certains de ses membres. Mais les mots employés par la juge du procès ont découragé les jurés de le faire.

[33] En définitive, la juge du procès n'a pas répondu de façon concrète à la question posée par le jury et ses observations finales ont découragé les jurés de poser d'autres questions sur la norme de preuve. Pour cette raison, il y a lieu de craindre que le verdict n'ait peut-être pas été basé sur une compréhension adéquate de la norme de preuve et qu'une erreur judiciaire ait en conséquence été commise.

[34] Le juge Monnin, dissident en Cour d'appel, a cité des décisions à l'appui de la thèse selon laquelle les jurys apportent un [TRADUCTION] « bon sens extrinsèque » qu'il ne faut pas sous-estimer. Je suis d'accord. À mon humble avis toutefois, ce bon sens existe à l'égard de la détermination par le jury de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais seulement après que celui-ci a compris les règles de droit applicables et plus particulièrement la norme de preuve en droit criminel. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, le juge en chef Dickson a écrit ce qui suit, à la p. 692 :

> Ce qui fait toute la force du jury, c'est que la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence est tranchée par un groupe de citoyens ordinaires qui ne sont pas des juristes et qui apportent au processus judiciaire une saine mesure de bon sens. Le jury est évidemment tenu de respecter les principes de droit que lui explique le juge du procès. [Je souligne.]

[35] On ne saurait présumer qu'il est possible de s'en remettre au bon sens du jury à l'égard de notions juridiques telles que la norme de preuve. Comme l'a expliqué le juge Cory dans *Lifchus*, au par. 22 :

> L'expression « hors de tout doute raisonnable » est composée de mots qui sont utilisés couramment dans la langue de tous les jours. Cependant, ces mots ont un sens précis dans le contexte juridique. Il est possible que ce sens spécial des mots « doute raisonnable » ne

meaning ordinarily attributed to them. . . . An explanation of the meaning of proof beyond a reasonable doubt is an essential element of the instructions that must be given to a jury. That a definition is necessary can be readily deduced from the frequency with which juries ask for guidance with regard to its meaning.

[36] Monnin J.A. was concerned that, because the definition of reasonable doubt is complex, any further definition would have led the trial judge into error and confused the jury. His concern is valid. However, that concern does not alleviate the need to provide a careful and responsive answer to the jury's question.

[37] Monnin J.A. was also of the view that it was open to the jury to return if a need for further clarification arose. The fact that the jury did not do so indicated to him that the answer which they received was sufficient for them to reach a verdict. For the reasons I have given, I am of the respectful opinion that the trial judge discouraged the jury from returning for further clarification. I cannot infer from the fact that the jury did not ask further questions that their confusion was clarified.

[38] For these reasons I would dismiss this appeal.

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

CROMWELL J. (dissenting) —

I. Introduction

[39] There is no dispute that the trial judge's instructions to the jury, including her answer to their question, correctly set out the relevant legal principles. What is disputed, however, is whether, as the majority of the Court of Appeal found, the trial judge erred in law when she answered the jury's question by repeating the instructions she gave during the main charge. In the majority's

corresponde pas exactement au sens qui leur est donné ordinairement. [. . .] Une explication du sens de l'expression « preuve hors de tout doute raisonnable » est un élément essentiel des directives qui doivent être données au jury. La fréquence avec laquelle les jurys demandent des éclaircissements quant au sens de cette expression permet aisément de conclure à la nécessité d'une telle définition.

[36] Le juge Monnin craignait que, vu la complexité de la définition de doute raisonnable, toute définition supplémentaire aurait amené la juge du procès à commettre une erreur et aurait embrouillé le jury. L'inquiétude du juge Monnin est valable. Mais elle n'écarte pas le besoin de répondre de façon rigoureuse et concrète à la question posée par le jury.

[37] Le juge Monnin était également d'avis qu'il était loisible au jury de redemander au besoin des éclaircissements supplémentaires. Le fait que les jurés ne se soient pas prévalus de cette possibilité indiquait au juge Monnin que la réponse qu'ils avaient reçue était suffisante pour leur permettre d'arriver à un verdict. Pour les motifs qui précèdent, j'estime pour ma part que la juge du procès a découragé le jury de redemander d'autres éclaircissements. Je ne peux déduire de l'absence de questions supplémentaires de la part du jury que la confusion avait été dissipée.

[38] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE CROMWELL (dissident) —

I. Introduction

[39] Personne ne conteste que, dans ses directives aux jurés, y compris dans sa réponse à leur question, la juge du procès a exposé correctement les principes juridiques applicables. Ce sur quoi porte le débat en l'espèce, c'est la question de savoir si, comme a conclu la majorité de la Cour d'appel, la juge a commis une erreur de droit lorsqu'elle a répondu à la question du jury en répétant les directives qu'elle

view, it was reasonably likely that, as a result of the judge's failure to elaborate on her original charge, the jury was left under a misapprehension about the meaning of reasonable doubt (2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, at para. 31). I respectfully disagree with this conclusion.

II. Appellate Review of the Jury Charge

[40] In my respectful view, the majority of the Court of Appeal erred by failing to take a functional and practical approach to its review of the trial judge's charge and recharge. When examining a trial judge's instructions to a jury, the reviewing court must focus on "the general sense which the words used have likely conveyed to the jury .... The standard that a trial judge's instructions are to be held to is not perfection. The accused is entitled to a properly instructed jury, not a perfectly instructed jury .... It is the overall effect of the charge that matters": *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 31. The reviewing court must not be distracted from the key question on appeal. That question is not whether the judge's directions could have been better. In this case, the question is whether the charge and recharge, taken as a whole, give rise to a reasonable likelihood that the jury did not understand the legal requirement that the Crown must prove guilt beyond a reasonable doubt: *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para. 41.

[41] Of course, questions from the jury must be answered fully and properly to the extent possible: see, for example, *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521, at pp. 528-31. But the focus on appeal remains on whether the jury was left with an erroneous view of the law. In *S. (W.D.)*, the majority of this Court found that the recharge in that case contained a legal error and that its effects were not cured by the correct instructions previously given during the main charge. It is important to remember, however, that the case turned on legally erroneous instructions,

avait données dans son exposé principal. Les juges de la majorité estiment qu'il était raisonnablement probable que, par suite du défaut de la juge d'expliciter son exposé initial, le jury n'avait toujours pas compris la signification de la notion de doute raisonnable (2008 MBCA 118, 231 Man. R. (2d) 143, par. 31). Avec égards pour l'opinion contraire, je ne peux souscrire à cette conclusion.

II. Examen en appel de l'exposé au jury

[40] À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont fait erreur en n'adoptant pas une approche fonctionnelle et pratique lors de leur examen de l'exposé de la juge du procès, et de la reprise de celui-ci par cette dernière. Le tribunal de révision chargé d'examiner les directives données par le juge du procès au jury doit s'attacher au « message général qui a vraisemblablement été transmis au jury par les termes utilisés [. . .] Le juge du procès n'est pas tenu à la perfection dans la formulation de ses directives. L'accusé a droit à un jury qui a reçu des directives appropriées, et non des directives parfaites [. . .] C'est l'effet global de l'exposé qui compte » : *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 31. Le tribunal de révision ne doit pas se laisser distraire de la question fondamentale visée par un tel appel, et cette question n'est pas de savoir si les directives du juge auraient pu être meilleures. En l'espèce, il s'agit de décider si, considérés dans leur ensemble, l'exposé et la reprise de celui-ci font naître une probabilité raisonnable que le jury n'ait pas compris que, en droit, le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable : *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320, par. 41.

[41] Certes, le juge doit dans la mesure du possible apporter une réponse complète et correcte aux questions du jury (voir, par exemple, *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521, p. 528-531). Mais la question fondamentale en appel demeure avant tout celle de savoir si une interprétation erronée du droit applicable a été présentée au jury. Ainsi, dans *S. (W.D.)*, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que la reprise de l'exposé dans cette affaire contenait une erreur de droit dont l'effet n'était pas contré par les directives correctes données auparavant dans

not on the trial judge's failure to be as helpful as possible.

III. Analysis

[42] The issue in this case is not whether the judge misstated any legal principle. She did not. The issue boils down to whether, as the Court of Appeal held, there is a reasonable likelihood that, given the jury's question, one should conclude that the judge's instructions, while legally correct, nonetheless failed to communicate adequately to the jury the legal meaning of proof beyond reasonable doubt.

[43] I part company with the reasons of the majority in the Court of Appeal on three points. In my respectful view, they read too much into the jury's question, they unduly focus on whether the jury understood proof on "balance of probabilities" rather than proof beyond a reasonable doubt and they wrongly fault the judge for discouraging the jury from posing further questions on this point.

1. *The Jury's Question and the Jury's Problem*

[44] For ease of reference, the jury's question was: "Jury requests clarification on reasonable doubt section of charge to the jury. Particularly difference between absolute certainty and balance of probabilities. Page 15." The Court of Appeal's main concern was that this question showed that the jury "was struggling with the concept of reasonable doubt" (para. 29).

[45] Respectfully, this is reading too much into the jury's question. Both the question itself and the positions of counsel at trial convince me that the jury's problem was with the term "balance of probabilities". I agree with the Court of Appeal that the judge's answer to the jury's question would not have

l'exposé principal. Il est toutefois important de se rappeler que ce pourvoi portait sur des directives juridiques erronées, et non sur l'omission du juge du procès de fournir toute l'aide qu'il aurait pu apporter.

III. Analyse

[42] En l'espèce, il ne s'agit pas de déterminer si la juge a mal énoncé un principe juridique. Elle ne l'a pas fait. Comme a statué la Cour d'appel, la question se résume à savoir si, compte tenu de la question du jury, il existe une probabilité raisonnable que, bien qu'exactes en droit, les directives de la juge n'aient pas malgré tout transmis adéquatement au jury le sens juridique de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable.

[43] Je ne partage pas les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel sur trois points. À mon humble avis, ils attachent trop d'importance à la question posée par le jury, ils s'attardent indûment à la question de savoir si le jury a compris le sens de preuve selon la « prépondérance des probabilités » plutôt que celui de preuve hors de tout doute raisonnable et ils reprochent à tort à la juge d'avoir découragé le jury de poser d'autres questions à cet égard.

1. *La question et le problème du jury*

[44] Par souci de commodité, voici quelle était la question du jury : [TRADUCTION] « Le jury demande des éclaircissements sur la section de l'exposé au jury concernant le doute raisonnable. En particulier la différence entre la certitude absolue et la prépondérance des probabilités. Page 15. » La principale préoccupation de la Cour d'appel était que cette question montrait que le jury [TRADUCTION] « achoppait sur la notion de doute raisonnable » (par. 29).

[45] Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime que la Cour d'appel a vu dans la question du jury plus que ce qu'elle disait. Tant la question elle-même que les positions défendues par les avocats au procès me convainquent que le problème du jury portait sur l'expression « prépondérance

assisted their understanding of this term. However, I conclude that there is no reason to think, on the basis of this question, that the jury failed to understand the requirement of proof beyond reasonable doubt.

[46] Consider first what the jury actually asked. They did not ask for assistance on the meaning of reasonable doubt. They asked for assistance with the reasonable doubt *section of the charge*. The question refers to p. 15 of the written instructions which the judge had provided to the jury. The text of the charge on that page deals mostly with placing reasonable doubt between proof on a balance of probabilities on the one hand, and proof to an absolute certainty on the other. The jury's question refers "particularly" to the difference between absolute certainty and reasonable doubt. I conclude that the jury wanted clarification of the difference between proof on the balance of probabilities and proof to the level of absolute certainty.

[47] This was the impression of counsel and the judge at trial, as revealed by their discussion of the question. In my view, their inference to this effect is a fair one. Even the majority judgment in the Court of Appeal acknowledged this at one point in its reasons, stating at para. 25 that "[i]t was clear the jury needed assistance about the difference between 'absolute certainty' and 'balance of probabilities'." This, respectfully, is quite a different problem from the one which preoccupied the Court of Appeal that the "jury was struggling with the concept of reasonable doubt" (para. 29).

[48] There is little basis for concluding that the jury did not understand the term "absolute certainty". Their question focussed on the difference between this concept, which seems quite straightforward, and the less familiar, legal concept of the balance of probabilities (A.R., at pp. 149-56).

des probabilités ». Tout comme la Cour d'appel, je suis d'avis que la réponse de la juge à la question n'aidait pas les jurés à comprendre cette expression. Cependant, je conclus qu'il n'y a aucune raison de croire, sur la base de cette question, que le jury n'a pas compris qu'une preuve hors de tout doute raisonnable était exigée.

[46] Examinons d'abord la question que les jurés ont effectivement posée. Ils n'ont pas demandé à la juge du procès de les aider à comprendre le sens de la notion de doute raisonnable. Ils ont demandé son aide à l'égard de la *section de l'exposé* qui avait trait au doute raisonnable. La question renvoie à la p. 15 des directives écrites remises par la juge au jury. Le texte de l'exposé figurant sur cette page traite principalement de la place du doute raisonnable entre, d'un côté, la preuve selon la prépondérance des probabilités et, de l'autre, la preuve suivant la certitude absolue. La question du jury demande « en particulier » la différence entre la certitude absolue et le doute raisonnable. Je conclus que le jury voulait des éclaircissements sur la différence entre la preuve selon la prépondérance des probabilités et la preuve correspondant à la certitude absolue.

[47] C'est l'impression qu'ont eue les avocats ainsi que la juge du procès, comme en témoigne leur discussion sur la question. À mon avis, leur conclusion en ce sens est juste. Même les juges majoritaires de la Cour d'appel le reconnaissent dans leurs motifs, au par. 25, affirmant qu'[TRADUCTION] « [i]l était clair que les jurés avaient besoin qu'on les aide à comprendre la différence entre la "certitude absolue" et la "prépondérance des probabilités". » À mon humble avis, il s'agit là d'un problème très différent de la préoccupation de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « le jury achoppait sur la notion de doute raisonnable » (par. 29).

[48] Il y a peu d'éléments permettant de conclure que les jurés n'ont pas compris l'expression « certitude absolue ». Leur question visait la différence entre cette notion, qui semble assez simple, et la notion juridique moins familière de prépondérance des probabilités (d.a., p. 149-156).

[49] The jury's question, in my view, as well as in the view of the trial counsel and the trial judge, likely reflected its lack of clarity about what the "balance of probabilities" means, not that they were "struggling with the concept of reasonable doubt". The issue on appeal, however, is not whether the jury understood what the "balance of probabilities" means, but whether, on reviewing the charge as a whole, there is any reasonable likelihood that the jury did not understand what was meant by reasonable doubt.

[50] It was not essential for the jury to understand the balance of probabilities in order to apply the reasonable doubt standard properly. Instructions comparing and contrasting reasonable doubt with the balance of probabilities and absolute certainty were mandated by this Court in *R. v. Starr*, 2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144. It is worth remembering why. The purpose was to make it clear to the jury that the Crown is required to do more than prove the accused's guilt on a balance of probabilities and that proof beyond reasonable doubt is closer to absolute certainty. As Iacobucci J. put it at para. 242:

> ... an effective way to define the reasonable doubt standard for a jury is to explain that it falls much closer to absolute certainty than to proof on a balance of probabilities. As stated in *Lifchus*, a trial judge is required to explain that something less than absolute certainty is required, and that something more than probable guilt is required, in order for the jury to convict. Both of these alternative standards are fairly and easily comprehensible.

[51] As mentioned, the jury's question did not reflect any difficulty with the every-day concept of absolute certainty. The focus of concern, therefore, is whether the jury misunderstood the term "balance of probabilities". Specifically, the question is whether there is any reasonable likelihood that they failed to appreciate the point that this part of the charge was intended by the Court

[49] À mon avis, ainsi que de l'avis des avocats présents au procès et de la juge qui présidait celui-ci, la question des jurés indique sans doute que la notion de « prépondérance des probabilités » n'était pas claire à leurs yeux et non que le jury [TRADUCTION] « achoppait sur la notion de doute raisonnable ». Toutefois, la question qui se pose en appel n'est pas de savoir si les jurés ont compris la signification de « prépondérance des probabilités », mais si, compte tenu de l'ensemble de l'exposé, il existe une probabilité raisonnable que les jurés n'aient pas compris le sens de l'expression « doute raisonnable ».

[50] Il n'était pas essentiel que les jurés comprennent la notion de prépondérance des probabilités pour appliquer correctement la norme du doute raisonnable. Dans *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, notre Cour a exigé que les directives comparent et différencient la notion de doute raisonnable et celles de prépondérance des probabilités et de certitude absolue. Il convient de rappeler la raison d'être de cette exigence. L'objectif était d'indiquer clairement aux jurés que le ministère public avait l'obligation de démontrer la culpabilité de l'appelant selon une norme plus élevée que la prépondérance des probabilités, et que la preuve hors de tout doute raisonnable se rapproche davantage de la certitude absolue. Pour reprendre les propos du juge Iacobucci, au par. 242 :

> ... une manière efficace de définir la norme du doute raisonnable à un jury consiste à expliquer qu'elle se rapproche davantage de la certitude absolue que de la preuve selon la prépondérance des probabilités. Comme l'arrêt *Lifchus* l'a précisé, le juge du procès est tenu d'expliquer qu'il faut moins que la certitude absolue et plus que la culpabilité probable pour que le jury prononce une déclaration de culpabilité. Ces deux normes subsidiaires se comprennent assez facilement.

[51] Comme je l'ai mentionné plus tôt, la question du jury ne traduisait pas une difficulté quelconque posée par la notion courante de certitude absolue. L'élément central du litige est par conséquent la question de savoir si les jurés ont mal compris l'expression « prépondérance des probabilités ». Plus particulièrement, il s'agit de déterminer s'il existe une probabilité raisonnable que les jurés

in *Starr* to explain: that proof beyond reasonable doubt requires that the Crown persuade the jury of more than that the accused is probably guilty. Respectfully, in my view, there is no such reasonable likelihood.

[52] In both the main charge and the recharge, the jury was told:

> It is not enough for you to believe that [the respondent] is probably or likely guilty. In those circumstances, you must find him not guilty because Crown counsel would have failed to satisfy you of his guilt beyond a reasonable doubt. Proof of probable or likely guilt is not proof of guilt beyond a reasonable doubt. [Emphasis added; A.R., at p. 115.]

There is, in my view, no reason to think that the jury did not understand the expressions "probably or likely guilty" or "probable or likely guilt". In fact, the majority of the Court of Appeal shared this view. It suggested that a proper answer to the jury's question could have simply advised the jury that the reference to "balance of probabilities" in the charge means the same as "probably or likely guilty" or "probable guilt". This proposed answer would only have been helpful if the jury understood the concepts of probably or likely guilty or probable guilt, which, of course, had already been used in the judge's instructions. The Court of Appeal's proposed additional instructions therefore assume that the jury understood the terms "probably" or "likely guilty" and "probable guilt".

[53] Respectfully, this proposed answer shows that the majority of the Court of Appeal lost sight of the critical question on appeal. It was not necessary for the jury to understand what "balance of probabilities" means. What was critical, as underlined in *Starr*, was that they understand the concept

n'aient pas bien saisi l'aspect que, selon la Cour dans *Starr*, cette section de l'exposé est censée expliquer : la notion de preuve hors de tout doute raisonnable n'exige pas simplement que le ministère public convainque le jury que l'accusé est probablement coupable, mais elle requiert davantage. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis qu'une telle probabilité raisonnable n'existe pas en l'espèce.

[52] Tant dans son exposé principal que dans la reprise de son exposé, la juge a dit ce qui suit au jury :

> [TRADUCTION] Même si vous croyez que [l'intimé] est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez le déclarer non coupable, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Une preuve de culpabilité probable ou vraisemblable ne constitue pas une preuve de culpabilité hors de tout doute raisonnable. [Je souligne; d.a., p. 115.]

À mon avis, il n'y a aucune raison de penser que les jurés n'ont pas compris les expressions « probablement ou vraisemblablement coupable » ou « culpabilité probable ou vraisemblable ». En fait, c'était l'avis que partageaient les juges majoritaires de la Cour d'appel. Selon eux, la juge aurait pu répondre adéquatement au jury en lui disant simplement que l'expression « prépondérance des probabilités » utilisée dans l'exposé équivaut à « probablement ou vraisemblablement coupable » ou à « culpabilité probable ». La réponse proposée n'aurait été utile que si le jury comprenait les notions visées par ces expressions, lesquelles avaient évidemment déjà été utilisées dans les directives de la juge. Dans la directive additionnelle qu'elle suggère, la Cour d'appel suppose donc que les jurés comprenaient les expressions « probablement » ou « vraisemblablement coupable » et « culpabilité probable ».

[53] En toute déférence, la réponse proposée montre que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont perdu de vue la question fondamentale qui se pose en appel. Il n'était pas nécessaire que les jurés comprennent le sens de « prépondérance des probabilités ». Comme il est souligné dans *Starr*,

that proof beyond reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilt. The Court of Appeal took it as a given that these terms were understood by the jury; otherwise, there would have been no point in using them, as the Court of Appeal suggested the trial judge should have done, to explain the term "balance of probabilities".

[54] I conclude that, in the context of this charge and recharge, there is no reasonable likelihood that the judge's failure to explain the term "balance of probabilities" had any impact on the jury's understanding of the critical point that proof beyond reasonable doubt requires more than proof that the accused was probably or likely guilty. Similarly, I cannot conclude that the judge's failure to link those terms to the expression "proof on a balance of probabilities", as the Court of Appeal suggested she could have done, gives rise to any likelihood that the jury misunderstood this critical point.

2. *The Focus Should Be on Reasonable Doubt*

[55] My second difficulty with the Court of Appeal's approach is related to the first. In my view, the Court of Appeal erred by focussing on the judge's failure to explain the "balance of probabilities" and "absolute certainty" rather than on whether the instructions, read as a whole, left the jury with a misunderstanding of what the law means by "reasonable doubt".

[56] As I have noted, the comparison of reasonable doubt with the other two standards was mandated by this Court as an additional alternative way of explaining reasonable doubt. Contrasting reasonable doubt with proof on the balance of probabilities and proof to an absolute certainty should help the jury because these standards, the Court thought, were "fairly and easily comprehensible". This instruction was not added to open up new

ce qui importait c'était qu'ils comprennent que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le jury comprenait ces termes; autrement, il aurait été inutile de les utiliser pour expliquer l'expression « prépondérance des probabilités », comme la juge du procès aurait dû le faire selon la Cour d'appel.

[54] Je conclus que, dans le contexte de l'exposé et de la reprise de celui-ci, il n'existe pas de probabilité raisonnable que l'omission de la juge d'expliquer l'expression « prépondérance des probabilités » ait eu quelque incidence que ce soit sur la compréhension qu'avaient les jurés du point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable. De même, je ne puis conclure que l'omission de la juge de faire le lien entre ces expressions et la « preuve selon la prépondérance des probabilités » — lien qu'elle aurait pu faire selon la Cour d'appel — tend à indiquer qu'il est vraisemblable que le jury ait mal compris ce point crucial.

2. *L'accent devrait être mis sur la notion de doute raisonnable*

[55] Le deuxième problème que pose selon moi l'approche de la Cour d'appel est lié au premier. À mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en s'attachant à l'omission de la juge d'expliquer la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue » plutôt qu'à la question de savoir si, eu égard à l'ensemble des directives, le jury a mal compris ce qu'on entend en droit par « doute raisonnable ».

[56] Comme je l'ai indiqué, notre Cour a exigé que les juges comparent le doute raisonnable avec les deux autres normes pour expliquer différemment la notion de doute raisonnable. Le fait de différencier la notion de doute raisonnable et celles de preuve selon la prépondérance des probabilités et de preuve selon la certitude absolue devrait aider le jury, étant donné que, de l'avis de la Cour, ces normes « se comprennent assez facilement ». Cette

opportunities to dissect jury instructions on peripheral points.

[57] This jury was correctly told that reasonable doubt is not a frivolous or far-fetched doubt or a doubt based on sympathy or prejudice. They were told that it was a doubt about an essential element of the offence based on reason and common sense that logically arises from the evidence or lack of evidence or absence of reliable evidence. They were told that they should convict only if they were sure the accused was guilty. These were correct and readily understandable instructions about reasonable doubt. It appears that the instructions which placed reasonable doubt on a spectrum of degrees of certainty may not have assisted this jury. This should not, however, lead to the conclusion that they also failed to grasp the other explanations of the term included in the charge and recharge. This is particularly so in this case where, as the Court of Appeal assumed, there was no question that the jury understood the very important point that proof beyond a reasonable doubt requires more than proof of probable or likely guilt.

3. *The Judge's Answer to the Jury's Question*

[58] I also part company with the Court of Appeal's finding that the judge erred in her answer because she did not attempt a new explanation in different words of what "balance of probabilities" and "absolute certainty" mean. There are three brief points to be made.

[59] The first is that, while an answer to a jury's question should be as complete and accurate as possible, the completeness and accuracy of the answer must be assessed in the context of the law concerning the particular question posed. The context here rightly gave rise to the concern that more harm than good was likely to come of a quickly cobbled-together attempt to improve on the carefully crafted instructions already given.

directive n'a pas été ajoutée pour ouvrir la porte à de nouvelles possibilités de disséquer les directives données au jury sur des points secondaires.

[57] La juge a à bon droit dit aux jurés que le doute raisonnable n'est pas un doute frivole ou tiré par les cheveux, ni un doute qui repose sur la sympathie ou un préjugé. Elle leur a dit qu'il devait porter sur un élément essentiel de l'infraction, reposer sur la raison et le bon sens et découler logiquement de la preuve, de l'absence de preuve ou de l'absence de preuve fiable. Elle a ajouté qu'ils ne devaient déclarer l'accusé coupable que s'ils étaient sûrs de sa culpabilité. Ces directives au sujet du doute raisonnable étaient correctes et faciles à comprendre. Il semble que la directive qui situait le doute raisonnable sur une échelle de degrés de certitude n'ait pas aidé le jury. Ce constat ne devrait toutefois pas mener à la conclusion que les jurés n'ont pas saisi les autres explications concernant cette expression que renfermaient l'exposé et sa reprise, d'autant plus qu'en l'espèce il ne faisait aucun doute, comme l'a supposé la Cour d'appel, que le jury avait compris le point crucial que la notion de preuve hors de tout doute raisonnable requiert davantage que la preuve de la culpabilité probable ou vraisemblable de l'accusé.

3. *La réponse de la juge à la question du jury*

[58] Je ne partage pas non plus la conclusion de la Cour d'appel que la juge a donné une réponse erronée parce qu'elle n'a pas essayé d'expliquer dans des mots différents la « prépondérance des probabilités » et la « certitude absolue ». Il convient de préciser brièvement trois points.

[59] Premièrement, bien que la réponse donnée à une question du jury doive être aussi complète et exacte que possible, il faut évaluer le caractère complet et exact de la réponse dans le contexte des règles de droit relatives à la question posée. En l'espèce, en raison du contexte, on a à juste titre estimé qu'on risquait de faire plus de tort que de bien en improvisant une amélioration des directives soigneusement rédigées qui avaient déjà été données au jury.

[60] The legal landscape around this jury's question is important to bear in mind. Hundreds of criminal jury trials have had to be redone because of errors in the judge's charge on reasonable doubt. The courts in Canada struggled for years with how reasonable doubt should be explained to a jury. The judicial history of *R. v. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1 (B.C.C.A.), rev'd [1995] 4 S.C.R. 253, and the line of cases in this Court following *Lifchus* give the flavour of these difficulties. Charges that had been widely used for years were found to contain reversible errors. The case law has developed a long list of "do's" and "don'ts", each of which may constitute reversible error. By way of illustration, the judgments of this Court teach that trial judges must not define reasonable doubt as an ordinary concept or equate it to a moral certainty or qualify the word "doubt" with anything other than the word "reasonable" or use specific examples that may cause the jury to ascribe an everyday meaning as opposed to a legal one to the term: see *Lifchus*; *Starr*; *R. v. Bisson*, [1998] 1 S.C.R. 306. The complexity of the area is underscored by the fact that, in this Court, a rehearing was held in *Lifchus* which resulted in changes in the instruction proposed in the reasons released initially: see footnote at p. 320. The legal landscape in this area resembles a battlefield on which many verdicts have been casualties. The possibility of reversible error in this part of the jury charge is great.

[61] This was well understood by the trial judge. Of course, the complexity or subtlety of the law does not justify a trial judge's simply repeating to the jury what is found in the precedents and model charges when faced with the jury's clear need for additional explanation. Model charges, no matter how carefully prepared, are merely suggestions which must be tailored to meet the needs of particular cases and particular juries. However, a court

[60] Il est important de garder à l'esprit le paysage juridique dans lequel se situe la question du jury. Des centaines de procès criminels avec jury ont dû être repris en raison d'erreurs dans l'exposé du juge sur le doute raisonnable. Pendant des années, les tribunaux canadiens se sont efforcés, non sans difficulté, de trouver la bonne façon d'expliquer cette notion à un jury. L'historique judiciaire de *R. c. Brydon* (1995), 37 C.R. (4th) 1 (C.A.C.-B.), inf. par [1995] 4 R.C.S. 253, et les décisions rendues par notre Cour après l'arrêt *Lifchus* donnent un aperçu des difficultés rencontrées. La Cour a jugé que des exposés, qui avaient par ailleurs été largement utilisés au fil des ans, contenaient des erreurs justifiant l'annulation de la décision. La jurisprudence a élaboré une longue liste de choses « à faire » et « à ne pas faire », chacune d'entre elles pouvant constituer une erreur justifiant l'infirmation de la décision. Par exemple, les arrêts de notre Cour nous enseignent que les juges présidant les procès ne doivent pas définir le doute raisonnable comme une notion ordinaire ou l'assimiler à la certitude morale, ou encore qualifier le mot « doute » avec autre chose que l'adjectif « raisonnable » ou utiliser des exemples précis qui pourraient amener le jury à attribuer à ce terme un sens courant, par opposition à un sens juridique : voir *Lifchus*; *Starr*; *R. c. Bisson*, [1998] 1 R.C.S. 306. Pour illustrer la complexité de la question, mentionnons que notre Cour a dû, à la suite de la nouvelle audition tenue dans l'affaire *Lifchus*, modifier les directives qu'elle avait proposées dans ses motifs initiaux : voir la note au bas de la p. 320. Le paysage juridique dans lequel se situe cette question ressemble à un champ de bataille où de nombreux verdicts sont tombés. La possibilité que survienne, dans cette partie de l'exposé du juge au jury, une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la décision est élevée.

[61] La juge du procès l'a bien compris. Il va de soi que la complexité ou la subtilité d'une règle de droit ne justifie pas que le juge du procès se contente de répéter au jury l'exposé que l'on trouve dans les précédents jurisprudentiels et dans les exposés types lorsqu'il est clair que le jury a besoin d'explications supplémentaires. Peu importe le soin apporté à leur préparation, les exposés types ne sont que de simples guides qu'il faut adapter

reviewing a judge's answer to the jury's question should take a practical view of the risks and benefits of the trial judge's doing what it is asserted, after the fact, the trial judge ought to have done. In this case, my view is that the judge's reluctance to depart on this subject from the well-established language approved by the voluminous case law was entirely justified: not only were the risks of attempting some further explanation significant, but also the potential for its appreciably helping the jury was meagre.

[62] The reality of this point is underlined by the suggestions made by counsel at trial as to how the judge should respond to the jury's question. Both counsel agreed that the judge should not start from scratch. Crown counsel, with apparent approval of the defence, suggested that what was needed was a re-reading of the main charge "with inflection" (A.R., at p. 155). Both counsel thought the difficulty was with the term "balance of probabilities", but they had little in the way of suggestions as to how to explain it.

[63] The point is also made clear by the meagre improvements to the judge's charge proposed by the Court of Appeal. For the Court of Appeal, simply linking "balance of probabilities" to "probable or likely guilt" and saying that "absolute certainty" means to know something beyond the possibility of any doubt would have been adequate (paras. 26-27). My difficulty with this is that, realistically assessed, these additions would have contributed very modestly, if at all, to the jury's understanding of the critical concept of reasonable doubt. Requiring the trial judge to attempt to achieve these negligible improvements while under the very real and immediate pressure of responding to a jury's question opens up a very considerable risk of error in exchange for no real benefit.

pour répondre aux besoins d'une affaire donnée et du jury en cause. Toutefois, le tribunal appelé à revoir la réponse qu'un juge a donnée à un jury devrait adopter un point de vue pratique à l'égard des risques et des avantages de la solution que, affirme-t-on a posteriori, le juge du procès aurait dû adopter. En l'espèce, je suis d'avis que la réticence de la juge à s'écarter d'une formulation bien établie et approuvée par une abondante jurisprudence était entièrement justifiée: non seulement les risques d'une tentative de fournir des explications supplémentaires étaient-ils élevés, mais en outre les chances que ces explications aident le jury de façon appréciable étaient minces.

[62] La réalité de cette situation ressort d'ailleurs des suggestions faites par les avocats au procès sur la façon dont la juge devait répondre à la question du jury. En effet, les deux avocats ont convenu que la juge ne devait pas reprendre entièrement son explication. Visiblement avec l'approbation de l'avocat de la défense, l'avocat du ministère public a dit que ce dont les jurés avaient besoin était de réécouter l'exposé principal, prononcé [TRADUCTION] « avec des inflexions » (d.a., p. 155). Les deux avocats estimaient que l'expression « prépondérance des probabilités » était la source des difficultés, mais ils avaient peu de choses à proposer pour l'expliquer.

[63] La difficulté de la situation ressort également des maigres améliorations proposées par la Cour d'appel à l'égard de l'exposé de la juge. Selon la Cour d'appel, il aurait suffi de faire le lien entre la « prépondérance des probabilités » et la « culpabilité probable ou vraisemblable » et de dire que le fait de savoir quelque chose avec une « certitude absolue » signifie le savoir sans qu'il soit possible d'avoir quelque doute que ce soit à cet égard (par. 26-27). La difficulté que pose cette solution selon moi est que, de façon réaliste, ces ajouts n'auraient contribué que très modestement, voire aucunement, à la compréhension de la notion cruciale de doute raisonnable. Exiger du juge du procès qu'il tente d'apporter ces améliorations négligeables, alors qu'il subit la pression réelle et immédiate de répondre à une question du jury, crée un risque très considérable d'erreur tout en n'apportant aucun avantage concret.

4. *The Trial Judge's Answer to the Jury's Question Reflected the State of the Law*

[64] I do not share the Court of Appeal's concern that, as a result of the judge's answer to the jury's question, they would have been "at least discouraged, if not dissuaded" from asking further questions (para. 24). While I agree with the principle that the judge should not discourage jury questions on points of difficulty, my view is that, on this topic, the judge's instructions were realistic.

[65] This point is reinforced by the difficulty trial counsel had in making any significant suggestions as to what the answer should contain and by the very modest suggestions made by the Court of Appeal. The judge said that she had to leave the jury with the instruction as she had repeated it because reasonable doubt defies precise interpretation, attempts to explain it further lead to more confusion than clarity and there was very little that she could add. In the context of the full and perfectly accurate instructions which she gave and repeated on reasonable doubt, my view is the judge's statements to the jury accurately reflected the state of the law. The trial judge's job in giving legal instructions to the jury is to help them to understand the law accurately, not to push its boundaries.

[66] It is also my view that the Court of Appeal's analysis overlooks one important aspect of the judge's answer to the question. The judge did not simply repeat the reasonable doubt instructions she had previously given. Her answer added a section that, in my view, correctly helped to refocus the jury on reasonable doubt. The judge told the jury that her obligation was to provide a direction on reasonable doubt and directed their attention to that concept in the instructions. This, in itself, was a useful response to the jury's question; it reminded them of what was critical to their deliberations.

4. *La réponse de la juge du procès à la question du jury reflétait l'état du droit*

[64] Je ne partage pas l'inquiétude de la Cour d'appel selon laquelle, en raison de la réponse de la juge, les jurés ont pu être [TRADUCTION] « à tout le moins découragés, sinon dissuadés » de poser d'autres questions (par. 24). Bien que je souscrive au principe que les juges ne devraient pas décourager les questions des jurés sur les points qu'ils trouvent obscurs, j'estime que les directives de la juge du procès à cet égard étaient réalistes.

[65] Ce point de vue est renforcé par la difficulté qu'ont eue les avocats présents au procès à faire des propositions utiles sur les éléments que la réponse devrait contenir et par les suggestions très modestes de la Cour d'appel. La juge a dit au jury qu'il devrait s'en remettre à la directive telle qu'elle l'avait répétée, parce que le doute raisonnable résiste à toute interprétation précise, parce que les tentatives d'explication ne réussissent qu'à semer davantage la confusion plutôt qu'à clarifier la signification de cette notion et parce qu'il y avait très peu de choses qu'elle pouvait ajouter. Comme il s'agit de directives sur le doute raisonnable complètes et tout à fait exactes, qui ont été dites et redites, j'estime que les déclarations de la juge au jury reflétaient fidèlement l'état du droit. Lorsque le juge du procès donne des directives juridiques au jurés, son rôle consiste alors à les aider à bien comprendre le droit, non à repousser les frontières de celui-ci.

[66] Je suis également d'avis que, dans son analyse, la Cour d'appel a négligé un des aspects importants de la réponse de la juge. Celle-ci ne s'est pas contentée de répéter les directives sur le doute raisonnable qu'elle avait déjà données. Sa réponse comportait une nouvelle section qui, selon moi, a concrètement aidé à ramener les jurés à se concentrer sur la question du doute raisonnable. La juge leur a dit qu'elle avait l'obligation de leur fournir des directives sur le doute raisonnable, et elle a attiré leur attention sur cette notion dans ses directives. En soi, cette remarque constituait une réponse utile à la question du jury; elle leur rappelait ce qui était important pour leurs délibérations.

5. *Conclusion*

[67] In my respectful view, the legally correct instructions given by the trial judge in both her charge and her response to the jury's question do not give rise to any reasonable likelihood that the jury misunderstood the meaning of proof beyond reasonable doubt.

IV. Disposition

[68] I would allow the appeal and restore the conviction entered by the jury.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. *and* CROMWELL J. *dissenting.*

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

Solicitors for the respondent: Walsh & Company, Winnipeg.

5. *Conclusion*

[67] À mon avis, les directives correctes sur le plan juridique données par la juge du procès, tant dans son exposé que dans sa réponse à la question du jury, ne font pas naître une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le sens de la notion de preuve hors de tout doute raisonnable.

IV. Dispositif

[68] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée par le jury.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN *et le juge* CROMWELL *sont dissidents.*

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

Procureurs de l'intimé : Walsh & Company, Winnipeg.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2009 Vol. 2

and Tables

Cited as [2009] 2 S.C.R. { i-xlvi, 567-807

3e cahier, 2009 Vol. 2

et Tables

Renvoi [2009] 2 R.C.S. { i-xlvi, 567-807

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
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

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	KAREN LEVASSEUR	IDA SMITH
JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	JACQUELINE STENCEL
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	LESLI TAKAHASHI
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	CAMERON TAYLOR
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	RENÉE MARIA TREMBLAY
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	ROSALIE TO-THANH-HIEN
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 DELORME	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2009.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2009.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xi

Table of Cases Cited xv

Statutes and Regulations Cited xxxv

Authors Cited xxxix

Index 799

Alberta *v.* Hutterian Brethren of Wilson Colony 567

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Bell Canada *v.* Bell Aliant Regional Communications 764

Communications law — Telephone — Regulation of rates charged by telecommunications carriers — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering carriers to create deferral accounts — Accounts being collected from urban residential telephone service revenues to enhance competition — CRTC directing that accounts be disposed of to increase accessibility of telecommunications services for persons with disabilities and to expand broadband coverage — Remaining amounts, if any, being distributed to subscribers — Whether Telecommunications Act authorizes CRTC to direct disposition of deferral account funds as it did — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47.

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xiii

Table de la jurisprudence xxv

Lois et règlements cités xxxvii

Doctrine citée xxxix

Index 803

Alberta *c.* Hutterian Brethren of Wilson Colony 567

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

Bell Canada *c.* Bell Aliant Communications régionales 764

Droit des communications — Téléphone — Réglementation des tarifs exigés par les entreprises de télécommunication — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes intimant aux fournisseurs de créer des comptes de report — Comptes créés au moyen des revenus des services téléphoniques résidentiels en milieu urbain en vue d'encourager la concurrence — Ordonnance du CRTC intimant d'utiliser les comptes pour faciliter l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication et pour étendre le service à large bande — Distribution aux abonnés des éventuelles sommes restantes — La Loi sur les télécommunications autorise-t-elle le CRTC à ordonner comme il l'a fait l'utilisation des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Administrative law — Appeals — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Standard of review applicable to CRTC's decision to direct disposition of deferral accounts — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47, 52(1).

Nolan *v.* Kerry (Canada) Inc. **678**

Pensions — Pension plans — Expenses — Whether employer responsible for paying pension plan expenses — Whether such expenses properly payable from pension trust fund.

Pensions — Pension plans — Contribution holidays — Defined benefit pension plan amended in 2000 to introduce a defined contribution component — Plan trust fund constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees — Whether employer can use actuarially determined surplus pension funds from original defined benefit component of pension plan to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit and defined contribution components of pension plan.

Civil procedure — Costs — Financial Services Tribunal — Issues before Tribunal relating to employer's obligations under pension plan — Pension trust fund not a party to proceedings — Whether Tribunal can award costs out of pension trust fund — Whether on judicial review court should exercise its discretion to award costs out of pension trust fund — Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, s. 24.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's decisions relating to its authority to award costs and to employer's obligations under pension plan.

R. *v.* Bjelland **651**

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Late disclosure prejudicial to accused's right to make full answer and defence — Whether trial judge erred in excluding late disclosed evidence under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether prejudice to accused could have been cured by adjournment and disclosure order.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Whether accused's rights to fair trial and to make full answer and defence prejudiced by denial of opportunity to cross-examine witnesses at preliminary hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

SOMMAIRE (Suite)

fonds se trouvant dans les comptes de report? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Norme de contrôle applicable à la décision du CRTC prescrivant l'utilisation des comptes de report — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47, 52(1).

Nolan *c.* Kerry (Canada) Inc. **678**

Pensions — Régimes de retraite — Frais — L'employeur est-il tenu de payer les frais du régime de retraite? — Ces frais peuvent-ils être payables à même la caisse de retraite?

Pensions — Régimes de retraite — Suspensions de cotisations — Régime de retraite à prestations déterminées modifié en 2000 de manière à instaurer un volet à cotisations déterminées — Caisse de retraite du régime constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — L'employeur peut-il utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite du volet initial à prestations déterminées pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées que dans le volet à cotisations déterminées du régime?

Procédure civile — Dépens — Tribunal des services financiers — Questions soumises au Tribunal concernant les obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite — Caisse de retraite n'étant pas partie à l'instance — Le Tribunal des services financiers peut-il adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Lors du contrôle judiciaire, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, 1997, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'examen des décisions du Tribunal concernant son pouvoir d'adjuger les dépens et à celui des obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite.

R. *c.* Bjelland **651**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — Communication tardive portant atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant les éléments de preuve communiqués tardivement en application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'atteinte aux droits de l'accusé pouvait-elle être réparée

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de présenter une défense pleine et entière — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — A-t-il été porté atteinte aux droits de l'accusé de subir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger des témoins à l'enquête préliminaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

2009 Volume 2

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

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
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

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
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
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 DELORME
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

© HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA, OTTAWA, 2009 / © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA, OTTAWA, 2009

ISSN 0045-4230

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

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

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

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

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

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

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

ERRATA

[1989] 1 S.C.R., p. 461, line *h*-3 of the French version. Read "l'exécution" instead of "l'inexécution".

[1998] 3 S.C.R., p. 370, para. 52, line 30 of the English version. Read "places an onerous burden" instead of "places on onerous burden".

[2009] 1 S.C.R., p. 423, line 5 of the English version. Read "2009 SCC 13" instead of "2008 SCC 13".

[2009] 1 S.C.R., p. 423, line 5 of the French version. Read "2009 CSC 13" instead of "2008 CSC 13".

[2009] 1 S.C.R., p. 730, para. 22, line 8 of the French version. Read "pour conclure que cette lacune" instead of "pour conclure cette lacune".

[2009] 1 S.C.R., p. 735, para. 34, line 11 of the French version. Read "l'appel aurait donc pu" instead of "l'appel pourrait donc pu".

[2009] 1 S.C.R., p. 740, para. 41, line 10 of the French version. Read "ne pourrait être interprétée" instead of "ne pourrait interprétée".

[1989] 1 R.C.S., p. 461, ligne *h*-3 de la version française. Lire « l'exécution » au lieu de « l'inexécution ».

[1998] 3 R.C.S., p. 370, par. 52, ligne 30 de la version anglaise. Lire « places an onerous burden » au lieu de « places on onerous burden ».

[2009] 1 R.C.S., p. 423, ligne 5 de la version anglaise. Lire « 2009 SCC 13 » au lieu de « 2008 SCC 13 ».

[2009] 1 R.C.S., p. 423, ligne 5 de la version française. Lire « 2009 CSC 13 » au lieu de « 2008 CSC 13 ».

[2009] 1 R.C.S., p. 730, par. 22, ligne 8 de la version française. Lire « pour conclure que cette lacune » au lieu de « pour conclure cette lacune ».

[2009] 1 R.C.S., p. 735, par. 34, ligne 11 de la version française. Lire « l'appel aurait donc pu » au lieu de « l'appel pourrait donc pu ».

[2009] 1 R.C.S., p. 740, par. 41, ligne 10 de la version française. Lire « ne pourrait être interprétée » au lieu de « ne pourrait interprétée ».

MOTIONS — REQUÊTES

(June 1 to September 18, 2009 – 1er juin au 18 septembre 2009)

1254582 Alberta Ltd. v. City of Edmonton, (Alta.), 33050, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

177795 Canada inc. c. La Reine, (C.F.), 33087, leave to appeal refused with costs, 25.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

2049904 Ontario Inc. v. Pioneer Petroleums Limited Partnership, (Ont.), 33117, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Admassu v. Oglivie, (Ont.), 33160, leave to appeal refused with costs in accordance with the Tariff, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens selon le montant qui sera établi conformément au Tarif.

Agence canadienne de l'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada, (Qué.), 32880, leave to appeal granted with costs, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Alexandre c. Syndicat des employé(e)s des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN), (Qué.), 33166, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. Fielding Chemical Technologies Inc., (Ont.), 33042, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Attorney General of Canada v. McArthur, (Ont.), 33043, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Attorney General of Canada v. Merrifield, (Ont.), 33121, leave to appeal refused with costs, 27.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of Canada v. TeleZone Inc., (Ont.), 33041, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Bank of Montreal v. Innovation Credit Union, (Sask.), 33153, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.8.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Bernard c. Procureur général du Québec, (Qué.), 33107, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Aquilini, (B.C.), 33134, leave to appeal refused with costs, 16.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boily c. La Reine, (C.F.), 33109, leave to appeal refused with costs, 25.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Boniferro Mill Works ULC v. The Queen, (Ont.), 33093, notice of discontinuance filed, 9.9.09, avis de désistement produit.

Boulter v. Nova Scotia Power Inc., (N.S.), 33124, leave to appeal refused, 10.9.09, autorisation d'appel refusée.

Bourgoin c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, (Qué.), 33025, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employers' Association, (B.C.), 33112, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Canadian Pacific Railway Co. v. Zsoldos, (Ont.), 33083, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Cardinal v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 33146, leave to appeal refused, 17.9.09, autorisation d'appel refusée.

City of Toronto v. Arenson, (Ont.), 33130, leave to appeal refused with costs, 25.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Vancouver v. Ward, (B.C.), 33089, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Cochrane v. The Queen, (Ont.), 33067, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Costanzo v. Attorney General of Canada on behalf of the United States, (B.C.) (Crim.), 33133, leave to appeal refused, 20.8.09, autorisation d'appel refusée.

Creative Salmon Company Ltd. v. Staniford, (B.C.), 33120, leave to appeal refused with costs, 2.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

D.F. v. W.F., (Que.), 33164, leave to appeal refused with costs, 6.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Daoulov c. Procureur général du Canada, (C.F.), 33081, leave to appeal refused with costs, 18.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner, (F.C.), 33086, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deng v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, (F.C.), 33142, leave to appeal refused, 9.7.09, autorisation d'appel refusée.

Desjardins c. Simard, (Qué.), 33162, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Drosdovech v. Minister of National Revenue, (F.C.), 33143, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Elfaf c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 33180, leave to appeal refused, 20.8.09, autorisation d'appel refusée.

Fabrikant v. Attorney General of Canada, (Que.), 33048, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Finning (Canada) Division of Finning International Inc. v. International Association of Machinists and Aerospace, Local Lodge No. 99, (Alta.), 33138, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Firestar Capital Management Corp. v. HSBC Securities (Canada) Inc., (Ont.), 33052, leave to appeal refused with costs, 25.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fus v. Public Guardian and Trustee of British Columbia, (B.C.), 32898, leave to appeal refused with costs, 2.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

G.R. c. I.B., (Qué.), 33131, leave to appeal refused, 25.6.09, autorisation d'appel refusée.

General Motors du Canada Limitée v. Vermette, (Que.), 32884, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Global Television Network Inc. v. Adbusters Media Foundation, (B.C.), 33190, leave to appeal refused, 17.9.09, autorisation d'appel refusée.

Globe and Mail v. Attorney General of Canada, (Que.), 33097, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Goldman c. Comité des requêtes du Barreau du Québec, (Qué.), 33072, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grant v. The Queen, (Man.) (Crim.), 33065, leave to appeal refused, 11.6.09, autorisation d'appel refusée.

GRW Industries (1985) Ltd. v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 33060, leave to appeal refused with costs, 27.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hans v. Tri-Way General Construction Ltd., (Ont.), 33179, leave to appeal refused with costs in accordance with the Tariff, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens selon le montant qui sera établi conformément au Tarif.

Harris v. Minister of Human Resources and Skills Development, (F.C.), 33091, leave to appeal refused, 9.7.09, autorisation d'appel refusée.

Hicks v. Saskatchewan Crop Insurance Corp., (Sask.), 33108, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hospital Employees' Union v. Health Employers' Association of British Columbia, (B.C.), 33113, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Houle c. Brasserie Labatt Ltée, (Qué.), 33104, leave to appeal refused with costs, 25.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Imona-Russel v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33148, leave to appeal refused, 11.6.09, autorisation d'appel refusée.

Instaloans Financial Solution Centres (B.C.) Ltd. v. Tracy, (B.C.), 33158, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jones v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33238, notice of discontinuance filed, 28.7.09, avis de désistement produit.

JP Morgan Chase Bank v. Kent Trade and Finance Inc., (F.C.), 33011, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Jundi v. The Queen, (Que.) (Crim.), 33119, leave to appeal refused, 13.8.09, autorisation d'appel refusée.

Kamel c. Procureur général du Canada, (C.F.), 33088, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Karassik v. Jasen, (Ont.), 33175, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kerr v. Baranow, (B.C.), 33157, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.8.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

Klukas v. Klukas Hausmann, (B.C.), 33101, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kohl v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33098, leave to appeal refused, 18.6.09, autorisation d'appel refusée.

Kossow v. The Queen, (F.C.), 33163, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Kuwait Airways Corp. v. Republic of Iraq, (Que.), 33145, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.8.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

L.O. c. La Reine, (Ont.) (Crim.), 33059, leave to appeal refused, 9.7.09, autorisation d'appel refusée.

Lafontaine c. Joly, (Qué.), 33126, leave to appeal refused, 20.8.09, autorisation d'appel refusée.

Laplante c. St-Arnaud, (Qué.), 33045, leave to appeal refused with costs, 18.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lavigne v. Canada Post Corp., (Que.), 33206, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lienaux v. Nova Scotia Barristers' Society, (N.S.), 33021, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Luu v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 32364, leave to appeal refused, 18.6.09, autorisation d'appel refusée.

M.A. c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 33105, leave to appeal refused, 13.8.09, autorisation d'appel refusée.

M.H. v. S.K.H., (Que.), 33172, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Makhija v. Attorney General of Canada, (F.C.), 33022, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Manuge v. The Queen, (F.C.), 33103, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Merchant v. Law Society of Saskatchewan, (Sask.), 33156, leave to appeal refused with costs, 23.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Minh Phuc c. Ordre des dentistes du Québec, (Qué.), 33057, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mullins v. Levy, (B.C.), 33070, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nahas v. Mehanna, (Que.), 33149, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Németh c. Ministre de la Justice du Canada, (Qué.) (Crim.), 33016, leave to appeal granted, 18.6.09, autorisation d'appel accordée.

Nolet v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 33032, leave to appeal granted, 18.6.09, autorisation d'appel accordée.

Nu-Pharm Inc. v. The Queen, (F.C.), 32830, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

OGT Holdings Ltd. c. Sous-ministre du Revenu du Québec, (Qué.), 33102, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ouzghar v. Republic of France, (Ont.) (Crim.), 32980, leave to appeal refused, 11.6.09, autorisation d'appel refusée.

Papadopoulos c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, (C.F.), 33044, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Paradis c. Ville de Longueuil, (Qué.), 33174, leave to appeal refused, 20.8.09, autorisation d'appel refusée.

Parrish & Heimbecker Ltd. v. The Queen, (F.C.), 33006, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 18.6.09, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Pearlman v. American Commerce Insurance Co., (B.C.), 33111, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Prebtani v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33118, leave to appeal refused, 9.7.09, autorisation d'appel refusée.

Prime Minister of Canada v. Khadr, (F.C.), 33289, leave to appeal granted, 4.9.09, autorisation d'appel accordée.

Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Company of Canada, (B.C.), 33170, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.8.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

R. v. Ahmad, (Ont.) (Crim.), 33066, leave to appeal granted, 18.6.09, autorisation d'appel accordée.

R. c. Alaoui, (Qué.) (Crim.), 33090, leave to appeal refused, 17.9.09, autorisation d'appel refusée.

R. v. Bird, (Alta.) (Crim.), 33054, leave to appeal granted, 9.7.09, autorisation d'appel accordée.

R. v. Caron, (Alta.), 33092, leave to appeal granted, 27.8.09, autorisation d'appel accordée.

R. v. Dow, (Que.) (Crim.), 33173, leave to appeal refused and conditional leave to cross-appeal refused as being moot, 17.9.09, autorisation d'appel refusée et autorisation d'appel incident conditionnelle refusée comme étant sans objet.

R. v. Gordon, (Ont.) (Crim.), 33137, leave to appeal refused, 9.7.09, autorisation d'appel refusée.

R. v. Ling, (B.C.) (Crim.), 33129, leave to appeal refused, 2.7.09, autorisation d'appel refusée.

R. v. McCaughan, (Man.) (Crim.), 33150, leave to appeal refused, 17.9.09, autorisation d'appel refusée.

R. v. Nash, (N.B.) (Crim.), 33115, leave to appeal refused, 6.8.09, autorisation d'appel refusée.

RCI Environment Inc. c. La Reine, (C.F.), 33047, leave to appeal refused with costs, 2.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ren v. Royal Bank of Canada, (Ont.), 33076, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Reyes v. Valitchka, (Ont.), 33094, leave to appeal refused with costs, 2.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Royal Bank of Canada v. Radius Credit Union Ltd., (Sask.), 33152, leave to appeal granted with costs in the cause, 27.8.09, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.

S.M. c. M.L.L., (Qué.), 33176, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sahaguian v. The Queen, (F.C.), 33077, leave to appeal refused, 18.6.09, autorisation d'appel refusée.

Samuda v. Recipco Corp., (B.C.), 33125, leave to appeal refused with costs, 20.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sani Sport inc. c. Hydro-Québec, (Qué.), 32999, leave to appeal refused with costs, 30.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Saumier c. Procureur général du Canada, (C.F.), 33136, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schwartz v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 33075, leave to appeal refused, 4.6.09, autorisation d'appel refusée.

Scotch Whisky Association v. Glenora Distillers International Ltd., (F.C.), 33079, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sewell v. Botros, (Ont.), 33106, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

SHS Optical Ltd. v. College of Optometrists of Ontario, (Ont.), 32922, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

SHS Optical Ltd. v. College of Optometrists of Ontario, (Ont.), 33069, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Singh v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 33096, notice of discontinuance filed, 17.8.09, avis de désistement produit.

Smith v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 33074, leave to appeal refused, 11.6.09, autorisation d'appel refusée.

Spécialiste du bardeau de cèdre c. Smith, (Qué.), 33033, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Spratt v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 33037, leave to appeal refused, 18.6.09, autorisation d'appel refusée.

Stevanovic v. Sin, (B.C.), 33061, leave to appeal refused with costs, 23.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stucky v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33127, notice of discontinuance filed, 2.9.09, avis de désistement produit.

Syndicat de l'industrie du Journal du Québec inc. c. La Presse ltée, (Qué.), 33056, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat de la fonction publique du Québec c. Société des établissements de plein air du Québec (SÉPAQ), (Qué.), 33135, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat des employé(e)s des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi c. Zellers inc., (Qué.), 33169, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Telfer v. Canada Revenue Agency, (F.C.), 33095, leave to appeal refused with costs, 11.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Telus Communications (Edmonton) Inc. v. The Queen, (F.C.), 33184, leave to appeal refused with costs, 17.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Universal Workers Union v. Ferreira, (Ont.), 33122, leave to appeal refused with costs, 27.8.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vandal c. Vandal, (Qué.), 33110, leave to appeal refused, 16.7.09, autorisation d'appel refusée.

Vandal c. Vandal, (Qué.), 33198, leave to appeal refused, 16.7.09, autorisation d'appel refusée.

Vesuna v. Ashton Mining of Canada Inc., (B.C.), 33005, leave to appeal refused with costs, 2.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Viandes Abitémis Inc. c. Caisse populaire Desjardins Centre-est du Témiscamingue, (Qué.), 33100, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Hudson c. Friedrich, (Qué.), 33019, leave to appeal refused, 11.6.09, autorisation d'appel refusée.

W.H.N. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33046, leave to appeal refused, 4.6.09, autorisation d'appel refusée.

Wawanesa Mutual Insurance Co. v. Buck, (Ont.), 33159, leave to appeal refused, 17.9.09, autorisation d'appel refusée.

Wint v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 33128, leave to appeal refused, 18.6.09, autorisation d'appel refusée.

Wojtanowska v. Mustard, (Ont.), 33007, leave to appeal refused with costs, 9.7.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Yellowknife Public Denominational District Education Authority v. Euchner, (N.W.T.), 33027, leave to appeal refused with costs, 4.6.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zellers Inc. c. Syndicat des employé(e)s des magasins Zellers d'Alma et de Chicoutimi (CSN), (Qué.), 33178, leave to appeal refused with costs, 10.9.09, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

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

PAGE

A

A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services) 181
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony 567

B

Bell Aliant Regional Communications, Bell Canada v. 764
Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications 764
Bjelland, R. v. 651

C

C. (A.) v. Manitoba (Director of Child and Family Services) 181
Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. Canada 94
Canada, Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond v. 94
Canadian Federation of Students — British Columbia Component, Greater Vancouver Transportation Authority v. 295

E

Ellard, R. v. 19

G

Grant, R. v. 353
Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component 295
Griffin, R. v. 42

PAGE

Godin, R. v. 3

H

Harris, R. v. 42
Harrison, R. v. 494
Hutterian Brethren of Wilson Colony, Alberta v. 567

K

Kerry (Canada) Inc., Nolan v. 678

L

Layton, R. v. 540

M

Manitoba (Director of Child and Family Services), A.C. v. 181
Manitoba (Director of Child and Family Services), C. (A.) v. 181

N

Nolan v. Kerry (Canada) Inc. 678

R

R. v. Bjelland 651
R. v. Ellard 19
R. v. Grant 353
R. v. Griffin 42
R. v. Godin 3
R. v. Harris 42
R. v. Harrison 494

	PAGE
R. v. Layton	540
R. v. Shepherd	527
R. v. Suberu	460

S

	PAGE
Shepherd, R. v.	527
Suberu, R. v.	460

TABLE DES JUGEMENTS

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

PAGE

A

A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) 181
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony ... 567

B

Bell Aliant Communications régionales, Bell Canada c. 764
Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales 764
Bjelland, R. c. 651

C

C. (A.) c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) 181
Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada 94
Canada, Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. 94

E

Ellard, R. c. 19

F

Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique, Greater Vancouver Transportation Authority c. 295

G

Godin, R. c. 3
Grant, R. c. 353
Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique 295
Griffin, R. c. 42

H

Harris, R. c. 42
Harrison, R. c. 494
Hutterian Brethren of Wilson Colony, Alberta c. 567

K

Kerry (Canada Inc.), Nolan c. 678

L

Layton, R. c. 540

M

Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), A.C. c. 181
Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), C. (A.) c. 181

N

Nolan c. Kerry (Canada) Inc. 678

R

R. c. Bjelland 651
R. c. Ellard 19
R. c. Godin 3
R. c. Grant 353

PAGE

R. c. Griffin 42
R. c. Harris 42
R. c. Harrison 494
R. c. Layton 540
R. c. Shepherd 527
R. c. Suberu 460

PAGE

S

Shepherd, R. c. 527
Suberu, R. c. 460

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
518718 Alberta Ltd. v. Canadian Forest Products Ltd.	1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371	148

A

A. L. Green Ltd. v. Michaud	[1975] C.A. 432	164
Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.	(2003), 179 O.A.C. 196	717, 749
Aegon Inc. v. ING Canada Inc.	(2003), 34 C.C.P.B. 1	757
Airedale NHS Trust v. Bland	[1993] 1 All E.R. 821	275
Alberta (Director of Child Welfare) v. H. (B.)	2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644	221
Alberta (Director of Child Welfare) v. H. (B.)	2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752	220
Alberta (Director of Child Welfare) v. H. (B.)	2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616	221
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963	143
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	617
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	375
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	784
Auckland Area Health Board v. Attorney-General	[1993] 1 N.Z.L.R. 235	275

B

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	240, 248, 274
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	324
Baier v. Alberta	2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673	314, 342
Bandera Investment Co. v. Société immobilière du Québec	J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774	164
Banque de Montréal v. Walsh & Brais Inc.	[1990] R.L. 119	165
Banque Nationale du Canada v. Notre-Dame-du-Lac (Ville)	(1990), 31 Q.A.C. 45	165
Banque Royale du Canada v. Béliveau	[1976] C.A. 539	164, 165
Barclays Bank Plc v. Holmes	[2000] P.L.R. 339	718, 745
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.	2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476	787
Bathgate v. National Hockey League Pension Society	(1992), 98 D.L.R. (4th) 326	756
Baxter v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2004), 43 C.C.P.B. 1	749
Belcher v. Charleston Area Medical Center	422 S.E.2d 827 (1992)	223
Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)	[1989] 1 S.C.R. 1722	791
Bellotti, Attorney General of Massachusetts v. Baird	443 U.S. 622 (1979)	222
Bentall Corp. v. Canada Trust Co.	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181	728
Black v. Law Society of Alberta	[1989] 1 S.C.R. 591	324
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	237, 284, 374, 517
Board of Industrial Relations v. Avco Financial Services Realty Ltd.	[1979] 2 S.C.R. 699	168
Bothwell v. Ontario (Minister of Transportation)	(2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288	633

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Buckton v. Buckton	[1907] 2 Ch. 406	725
Burke v. Hudson's Bay Co.	2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277	728
Buschau v. Rogers Cablesystems Inc.	2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257	757
Buschau v. Rogers Communications Inc.	2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973	701, 751

C

C.A.S.A.W., Local 1 v. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.	2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504	728
C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro	(1989), 68 O.R. (2d) 620	710
Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant v. Blouin	2003 SCC 31, [2003] 1 S.C.R. 666	129, 152
California v. Beheler	463 U.S. 1121 (1983)	425
Canada (Attorney General) v. Caisse populaire d'Amos	2004 FCA 92, 324 N.R. 31	135
Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.	2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610	334, 590
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	783
Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass	[1997] 3 S.C.R. 391	451
Canadian Admiral Corp. v. L. F. Dommerich & Co.	[1964] S.C.R. 238	167
Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)	(1990), 71 O.R. (2d) 341	612
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76	240, 257
Canadian National Railways Co. v. Bell Telephone Co. of Canada	[1939] 1 S.C.R. 308	784
Cardwell v. Bechtol	724 S.W.2d 739 (1987)	223
Cass. civ., 13 juillet 1942	J.C.P. 1943.II.2157, note Houin	166
Cass. com., 3 juin 1997	D. 1998.Jur.61, note François	166
Cass. com., 9 décembre 1997	Bull. civ. IV, n° 327	166
Chaoulli v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791	239, 252, 283
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350	388, 597, 647
Charles Osenton and Co. v. Johnston	[1942] A.C. 130	673
Châteauneuf v. TSCO of Canada Ltd.	(1995), 124 D.L.R. (4th) 308	710
Ching v. Jeffery	(1885), 12 O.A.R. 432	166
Ciarlariello v. Schacter	[1993] 2 S.C.R. 119	238, 275
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	314, 349
Commonwealth v. Nixon	761 A.2d 1151 (2000)	223
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.	2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650	782
Cruzan v. Director, Missouri Department of Health	497 U.S. 261 (1990)	275

D

D.I.M.S. Construction inc. (Trustee of) v. Quebec (Attorney General)	2005 SCC 52, [2005] 2 S.C.R. 564	165
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	259, 291, 630
Dagg v. Canada (Minister of Finance)	[1997] 2 S.C.R. 403	112
DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. v. Mega Pets Ltd.	2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41	124
Dauphin Plains Credit Union Ltd. v. Xyloid Industries Ltd.	[1980] 1 S.C.R. 1182	168
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	375, 518
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)	[1999] 2 S.C.R. 989	343

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Director General, New South Wales Department of Community Services v. Y.	[1999] NSWSC 644 (AustLII)	224
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3	373, 660, 671
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College	[1990] 3 S.C.R. 570	242, 309
Dueck (Re)	(1999), 171 D.L.R. (4th) 761	220
Dunmore v. Ontario (Attorney General)	2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016	316, 343
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	695, 733, 783

E

Edmonton (City) v. 360Networks Canada Ltd.	2007 FCA 106, [2007] 4 F.C.R. 747	787
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	309, 637
EPCOR Generation Inc. v. Energy and Utilities Board	2003 ABCA 374, 346 A.R. 281	793
Escobedo v. Illinois	378 U.S. 478 (1964)	425
Eur. Court H. R., Kokkinakis v. Greece	Judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A	611, 623

F

First Vancouver Finance v. M.N.R.	2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720	129, 143
Fleming v. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	211, 275
Florida v. Royer	460 U.S. 491 (1983)	424
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	314
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministry of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	673

G

GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)	(1998), 158 D.L.R. (4th) 497	696
Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority	[1985] 3 All E.R. 402	213
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844	237, 283, 308
Gosselin v. Quebec (Attorney General)	2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429	242, 287

H

H. (T.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	(1996), 138 D.L.R. (4th) 144	219
Haig v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 995	315, 343
Harrison v. University of British Columbia	[1990] 3 S.C.R. 451	242, 309
Harwood Oil & Mining Co. v. Black	124 So.2d 764 (1960)	141
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	610
Herring v. United States	555 U.S. 1 (2009)	451
Hockin v. Bank of British Columbia	(1995), 123 D.L.R. (4th) 538	704
Hofer v. Hofer	[1970] S.C.R. 958	634
Holt v. Telford	[1987] 2 S.C.R. 193	113
Hôpital Ste-Justine v. Giron	2002 CanLII 34269	221
Hopp v. Lepp	[1980] 2 S.C.R. 192	275
Huang v. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)	2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107	728

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	314
Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue	[1995] 3 S.C.R. 453	110
I		
Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.	[1991] 2 All E.R. 597	756
In re E.G.	549 N.E.2d 322 (1989)	223
In the Matter of Long Island Jewish Medical Center	557 N.Y.S.2d 239 (1990)	223
In the Matter of Rena	705 N.E.2d 1155 (1999)	223
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	314, 340, 590
J		
J.S.C. v. Wren	(1986), 76 A.R. 115	218
K		
Kemble v. Hicks	[1999] O.P.L.R. 1	715, 746
King v. Low	[1985] 1 S.C.R. 87	232
L		
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union	[1991] 2 S.C.R. 211	309
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	242
Lehman v. City of Shaker Heights	418 U.S. 298 (1974)	306
Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2007), 87 O.R. (3d) 736	729, 749
Lewis v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 821	71
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120	326, 591
Lockheed Corp. v. Spink	517 U.S. 882 (1996)	704
M		
MacKinnon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board	2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688	728
Malette v. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	210, 275
Markevich v. Canada	2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94	130, 135
Markle v. Toronto (City)	(2003), 63 O.R. (3d) 321	706
McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation	2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846	419
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	242, 309
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654	137
Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova	No. 45701/99, ECHR 2001-XII	625
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	671
Minister for Health v. A.S.	[2004] WASC 286, 33 Fam. L.R. 223	224
Miranda v. Arizona	384 U.S. 436 (1966)	425
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152	695
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.	2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141	306, 342
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	281, 582

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
N		
Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec	(1992), 69 C.C.C. (3d) 450	276
National Grid Co. plc v. Mayes	[2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417	724
Native Women's Assn. of Canada v. Canada	[1994] 3 S.C.R. 627	343
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	252, 284
Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton	[1929] S.C.R. 186	784
Novak v. Cobb County-Kennestone Hospital Authority	849 F.Supp. 1559 (1994)	223
O		
Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2003), 36 C.C.P.B. 154	728
Oregon v. Mathiason	429 U.S. 492 (1977)	425
Osborne v. Canada (Treasury Board)	[1991] 2 S.C.R. 69	325
P		
Parham, Commissioner, Department of Human Resources of Georgia v. J. R.	442 U.S. 584 (1979)	223
Patrick v. Telus Communications Inc.	2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74	728
Patrick v. Telus Communications Inc.	2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506	726
Pearse v. Pearse	(1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950	675
Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, Attorney General of Missouri	428 U.S. 52 (1976)	222
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey	505 U.S. 833 (1992)	611
Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board	(1999), 22 C.C.P.B. 49	760
Practice Note (Judges' Rules)	[1964] 1 W.L.R. 152	435
Q		
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 1054	137
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	671
R. v. A. (J.)	(1996), 112 C.C.C. (3d) 528	36
R. v. Araujo	2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	537
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129	38
R. v. Arp	[1998] 3 S.C.R. 339	84
R. v. Askov	[1990] 2 S.C.R. 1199	9, 397
R. v. Assoun	2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96	71
R. v. B. (A.J.)	[1995] 2 S.C.R. 413	33
R. v. B. (F.F.)	[1993] 1 S.C.R. 697	92
R. v. Banman	2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547	405
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173	481, 536

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Beauchamp	2000 SCC 54, [2000] 2 S.C.R. 720	82
R. v. Béland	[1987] 2 S.C.R. 398	33
R. v. Belnavis	[1997] 3 S.C.R. 341	520
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	534
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	39
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	258, 281, 314, 343, 373, 611, 619
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	26, 537
R. v. Bisson	[1998] 1 S.C.R. 306	563
R. v. Blackman	2008 SCC 37, [2008] 2 S.C.R. 298	74, 84
R. v. Boyd	(1999), 118 O.A.C. 85	81
R. v. Brydges	[1990] 1 S.C.R. 190	389
R. v. Brydon	[1995] 4 S.C.R. 253	63, 80
R. v. Brydon	(1995), 37 C.R. (4th) 1	563
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	395
R. v. Burlingham	[1995] 2 S.C.R. 206	391, 449
R. v. Carpenter	(1993), 14 O.R. (3d) 641	81
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	502
R. v. Cavanagh	(1976), 15 O.R. (2d) 173	81
R. v. Clark	(1995), 87 O.A.C. 178	37
R. v. Codina	(1995), 95 C.C.C. (3d) 311	36
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	388, 444, 446, 502, 514, 534, 675
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	446
R. v. Cooper	[1978] 1 S.C.R. 860	58, 79
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	76, 92, 554
R. v. Couture	2007 SCC 28, [2007] 2 S.C.R. 517	74
R. v. Cowell	[2002] O.J. No. 4783 (QL)	88
R. v. D.B.	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3	240, 255
R. v. D.D.	2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275	87
R. v. D.P.	2002 ABCA 285, 317 A.R. 375	549
R. v. Daley	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	38, 556
R. v. Davis	[1999] 3 S.C.R. 759	420
R. v. Demetrius	(2003), 179 C.C.C. (3d) 26	36
R. v. Desveaux	(1986), 26 C.C.C. (3d) 88	551
R. v. Divitaris	(2004), 188 C.C.C. (3d) 390	36
R. v. Dolynchuk	(2004), 184 C.C.C. (3d) 214	405
R. v. Duguay	(1985), 18 C.C.C. (3d) 289	388
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	451
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	518
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	587, 623, 646
R. v. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	375
R. v. Evans	[1993] 2 S.C.R. 629	30
R. v. Fair	(1993), 16 O.R. (3d) 1	36
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	410
R. v. Ferguson	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	336, 602
R. v. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	58
R. v. Foreman	(2002), 6 C.R. (6th) 201	72
R. v. G.M.	[2000] O.J. No. 5007 (QL)	36
R. v. Gagnon	2006 SCC 17, [2006] 1 S.C.R. 621	83

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	395, 675
R. v. Golden	2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679	409, 423
R. v. Goldhart	[1996] 2 S.C.R. 463	414
R. v. Grafe	(1987), 36 C.C.C. (3d) 267	382, 431
R. v. Grant	[1993] 3 S.C.R. 223	414
R. v. Grant	2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	466, 485, 492, 499, 514, 531, 670
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	448
R. v. Guiboche	2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361	58
R. v. Harper	[1994] 3 S.C.R. 343	402
R. v. Harrer	[1995] 3 S.C.R. 562	392, 661, 675
R. v. Harris	2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193	414
R. v. Harrison	2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494	417, 457
R. v. Hawkins	[1996] 3 S.C.R. 1043	84
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	375
R. v. Henderson	(1999), 44 O.R. (3d) 628	550
R. v. Henry	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609	400
R. v. Horan	2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514	661
R. v. Hufsky	[1988] 1 S.C.R. 621	389, 518
R. v. Jacquard	[1997] 1 S.C.R. 314	36
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	444
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	242, 257, 287, 616
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	314, 351
R. v. Khan	[1990] 2 S.C.R. 531	84
R. v. Khan	2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823	36, 93
R. v. Khelawon	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787	85
R. v. Kitaitchik	(2002), 166 C.C.C. (3d) 14	398, 507
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	395, 523
R. v. Labaye	2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728	334
R. v. Ladouceur	[1990] 1 S.C.R. 1257	389, 518
R. v. Lemky	(1992), 17 B.C.A.C. 71	72
R. v. Lifchus	[1997] 3 S.C.R. 320	62, 82, 544, 556
R. v. M. (M.C.)	(2003), 176 C.C.C. (3d) 263	551
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	239, 283
R. v. Mann	2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59	372, 426, 466, 489, 502, 517
R. v. Mapara	2005 SCC 23, [2005] 1 S.C.R. 358	84
R. v. Moon	[1969] 3 All E.R. 803	81
R. v. Moran	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225	429
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30	212, 251, 283
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	6
R. v. Naglik	[1993] 3 S.C.R. 122	63
R. v. O'Connor	[1995] 4 S.C.R. 411	454, 661, 673
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	202, 259, 289, 332, 578, 618, 640
R. v. Orbanski	2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3	324, 391, 483
R. v. Orellana	[1999] O.J. No. 5746 (QL)	440
R. v. P. (R.)	(1990), 58 C.C.C. (3d) 334	68
R. v. Padavattan	(2007), 223 C.C.C. (3d) 221	406

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Pasqualino	2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319	72
R. v. Puskas	(1997), 120 C.C.C. (3d) 548	503
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	671
R. v. Regan	2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297	446, 659, 670
R. v. Richfield	(2003), 178 C.C.C. (3d) 23	405
R. v. Rockey	[1996] 3 S.C.R. 829	36
R. v. Russell	2000 SCC 55, [2000] 2 S.C.R. 731	82
R. v. S. (P.)	(2000), 144 C.C.C. (3d) 120	36
R. v. S. (W.D.)	[1994] 3 S.C.R. 521	63, 549, 556
R. v. S.A.B.	2003 SCC 60, [2003] 2 S.C.R. 678	405
R. v. S.A.C.	2008 SCC 47, [2008] 2 S.C.R. 675	141
R. v. Schedel	(2003), 175 C.C.C. (3d) 193	404
R. v. Seguin	(1979), 45 C.C.C. (2d) 498	81
R. v. Seymour	[1996] 2 S.C.R. 252	63
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	240
R. v. Shepherd	2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113	406
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	395
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495	409
R. v. Simpson	[1988] 1 S.C.R. 3	33
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915	68, 84
R. v. Spence	2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458	92
R. v. St. Lawrence	[1949] O.R. 215	410
R. v. Starr	2000 SCC 40, [2000] 2 S.C.R. 144	68, 84, 550, 559
R. v. Sterling	(1993), 113 Sask. R. 81	666
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607	390, 449, 534
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	661
R. v. Stirling	2008 SCC 10, [2008] 1 S.C.R. 272	33
R. v. Strachan	(1986), 25 D.L.R. (4th) 567	450
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980	414
R. v. Suberu	2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127	427
R. v. Suberu	2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460	389, 427, 440
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	324, 518
R. v. Taillefer	2003 SCC 70, [2003] 3 S.C.R. 307	451
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	518
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613	324, 376, 424, 481, 485, 590
R. v. Tombran	(2000), 142 C.C.C. (3d) 380	58
R. v. Tremblay	[1993] 2 S.C.R. 932	334
R. v. Trochym	2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239	36
R. v. Tymiak	2005 ABCA 22, 363 A.R. 126	544
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	92
R. v. White	[1999] 2 S.C.R. 417	396
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272	397
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	26
R. A. V. v. City of St. Paul	505 U.S. 377 (1992)	351
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156	645
Ramsden v. Peterborough (City)	[1993] 2 S.C.R. 1084	314, 349

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Re A.Y.	(1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91	222, 248
Re B (adult: refusal of medical treatment)	[2002] EWHC 429, [2002] 2 All E.R. 449	275
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	641
Re C (adult: refusal of medical treatment)	[1994] 1 All E.R. 819	275
Re E (a minor) (wardship: medical treatment)	[1993] 1 F.L.R. 386	218
Re General Increase in Freight Rates	(1954), 76 C.R.T.C. 12	784
Re L (medical treatment: Gillick competency)	[1998] 2 F.L.R. 810	218
Re L.D.K.	(1985), 48 R.F.L. (2d) 164	221
Re M (medical treatment: consent)	[1999] 2 F.L.R. 1097	218
Re R (a minor) (wardship: medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177	216
Re Regina and Arviv	(1985), 51 O.R. (2d) 551	665
Re S (a minor) (consent to medical treatment)	[1994] 2 F.L.R. 1065	218
Re T (adult: refusal of medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 649	210, 275
Re W (a minor) (medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 627	216
Reagan v. Murphy	105 So.2d 210 (1958)	141
Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act	(1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60	793
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	238, 345
Region 2 Hospital Corp. v. Walker	(1994), 150 N.B.R. (2d) 366	222
Reibl v. Hughes	[1980] 2 S.C.R. 880	275
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	594, 627
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519	202, 251, 276
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	637
Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.	[1984] 2 S.C.R. 125	144
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	112, 136
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	314

S

Şahin v. Turkey [GC]	No. 44774/98, ECHR 2005-XI	624
Saulnier v. Royal Bank of Canada	2008 SCC 58, [2008] 3 S.C.R. 166	110
Schmidt v. Air Products Canada Ltd.	[1994] 2 S.C.R. 611	692, 735
Secretary, Department of Health and Community Services v. J.W.B. (Marion's Case)	(1992), 175 C.L.R. 218	224
Seigneur v. Immeubles Beneficial Ltée	[1994] R.J.Q. 1535	165
Shapiro v. Wilkinson	[1943] O.R. 806	81
Shepard v. United States	290 U.S. 96 (1933)	93
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	323
Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.	2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274	727
Stansbury v. California	511 U.S. 318 (1994)	426
Starson v. Swayze	2003 SCC 32, [2003] 1 S.C.R. 722	273
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	242, 309
Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) v. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)	(1990), 66 D.L.R. (4th) 271	749
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	351
Sutherland v. Hudson's Bay Co.	(2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64	718, 726, 744
Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.	2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83	240
Syndicat Northcrest v. Amselem	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551	258, 281, 587

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
T		
Telecom Decision CRTC 93-9	July 23, 1993	790
Telecom Decision CRTC 94-19	September 16, 1994	786
Telecom Decision CRTC 97-9	May 1, 1997	786
Telecom Decision CRTC 2002-34	May 30, 2002	770
Telecom Decision CRTC 2003-15	March 18, 2003	773
Telecom Decision CRTC 2003-18	March 18, 2003	773
Telecom Decision CRTC 2005-69	December 16, 2005	772
Telecom Decision CRTC 2006-9	February 16, 2006	774
Telecom Decision CRTC 2008-1	January 17, 2008	777
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	242
Thompson v. Keohane	516 U.S. 99 (1995)	426
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	606, 630, 642
Toronto-Dominion Bank v. Block Bros. Contractors Ltd.	(1980), 118 D.L.R. (3d) 311	167
Trent University Faculty Assn. v. Trent University	(1997), 35 O.R. (3d) 375	710
Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers	2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772	608
Turner v. Andrews	2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53	729
U		
U. (C.) (Next friend of) v. Alberta (Director of Child Welfare)	2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1	221
United States v. Mendenhall	446 U.S. 544 (1980)	424
V		
Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore	1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637	219, 277
W		
White v. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee	2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39	729
Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.	2000 SCC 48, [2000] 2 S.C.R. 519	240
Y		
Young v. Young	[1993] 4 S.C.R. 3	232
Z		
Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	612

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
518718 Alberta Ltd. c. Canadian Forest Products Ltd.	1998 ABQB 619, 63 Alta. L.R. (3d) 371	149

A

A. L. Green Ltd. c. Michaud	[1975] C.A. 432	164
Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.	(2003), 179 O.A.C. 196	717, 749
Aegon Inc. c. ING Canada Inc.	(2003), 34 C.C.P.B. 1	757
Airedale NHS Trust c. Bland	[1993] 1 All E.R. 821	275
Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)	2002 ABCA 109, [2002] 7 W.W.R. 644	221
Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)	2002 ABPC 39, [2002] 11 W.W.R. 752	220
Alberta (Director of Child Welfare) c. H. (B.)	2002 ABQB 371, [2002] 7 W.W.R. 616	221
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963	143
Andrews c. Law Society of British Columbia	[1989] 1 R.C.S. 143	617
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada	[1994] 3 R.C.S. 627	343
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)	2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	784
Auckland Area Health Board c. Attorney-General	[1993] 1 N.Z.L.R. 235	275

B

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 R.C.S. 315	240, 248, 274
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214	324
Baier c. Alberta	2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673	314, 342
Bandera Investment Co. c. Société immobilière du Québec	J.E. 98-1667, SOQUIJ AZ-98021774	164
Banque de Montréal c. Walsh & Brais Inc.	[1990] R.L. 119	165
Banque Nationale du Canada c. Notre-Dame-du-Lac (Ville)	(1990), 31 Q.A.C. 45	165
Banque Royale du Canada c. Béliveau	[1976] C.A. 539	164
Banque Royale du Canada c. First Pioneer Investments Ltd.	[1984] 2 R.C.S. 125	144
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	112, 136
Barclays Bank Plc c. Holmes	[2000] P.L.R. 339	718, 745
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble	2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476	787
Bathgate c. National Hockey League Pension Society	(1992), 98 D.L.R. (4th) 326	756
Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2004), 43 C.C.P.B. 1	749
Belcher c. Charleston Area Medical Center	422 S.E.2d 827 (1992)	223
Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)	[1989] 1 R.C.S. 1722	791
Bellotti, Attorney General of Massachusetts c. Baird	443 U.S. 622 (1979)	222
Bentall Corp. c. Canada Trust Co.	(1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181	728
Black c. Law Society of Alberta	[1989] 1 R.C.S. 591	324
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	237, 284, 374, 517
Bothwell c. Ontario (Minister of Transportation)	(2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288	633

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Buckton c. Buckton	[1907] 2 Ch. 406	725
Burke c. Hudson's Bay Co.	2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277	728
Buschau c. Rogers Communications Inc.	2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257	757
Buschau c. Rogers Communications Inc.	2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973	701, 751

C

C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.	2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504	728
C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro	(1989), 68 O.R. (2d) 620	710
Caisse populaire Desjardins de Val-Brillant c. Blouin	2003 CSC 31, [2003] 1 R.C.S. 666	129, 152
California c. Beheler	463 U.S. 1121 (1983)	425
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	783
Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass	[1997] 3 R.C.S. 391	451
Canada (Procureur général) c. Caisse populaire d'Amos	2004 CAF 92, 324 N.R. 31	135
Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.	2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610	334, 590
Canadian Admiral Corp. c. L. F. Dommerich & Co.	[1964] R.C.S. 238	167
Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)	(1990), 71 O.R. (2d) 341	612
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76	240, 257
Canadian National Railways Co. c. Bell Telephone Co. of Canada	[1939] 1 R.C.S. 308	784
Cardwell c. Bechtol	724 S.W.2d 739 (1987)	223
Cass. civ., 13 juillet 1942	J.C.P. 1943.II.2157, note Houin	166
Cass. com., 3 juin 1997	D. 1998.Jur.61, note François	166
Cass. com., 9 décembre 1997	Bull. civ. IV, n° 327	166
Chaoulli c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791	239, 252, 283
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350	388, 597, 647
Charles Osenton and Co. c. Johnston	[1942] A.C. 130	673
Ching c. Jeffery	(1885), 12 O.A.R. 432	166
Ciarlariello c. Schacter	[1993] 2 R.C.S. 119	238, 275
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	314, 349
Commission des relations de travail c. Avco Financial Services Realty Ltd.	[1979] 2 R.C.S. 699	168
Commonwealth c. Nixon	761 A.2d 1151 (2000)	223
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.	2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650	782
Cour eur. D. H., arrêt Kokkinakis c. Grèce	25 mai 1993, série A n° 260-A	611, 623
Cruzan c. Director, Missouri Department of Health	497 U.S. 261 (1990)	275

D

D.I.M.S. Construction inc. (Syndic de) c. Québec (Procureur général)	2005 CSC 52, [2005] 2 R.C.S. 564	165
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	259, 291, 630
Dagg c. Canada (Ministre des Finances)	[1997] 2 R.C.S. 403	112
DaimlerChrysler Financial Services (debis) Canada Inc. c. Mega Pets Ltd.	2002 BCCA 242, 212 D.L.R. (4th) 41	124
Dauphin Plains Credit Union Ltd. c. Xyloid Industries Ltd.	[1980] 1 R.C.S. 1182	168
Décision de télécom CRTC 93-9	23 juillet 1993	790
Décision de télécom CRTC 94-19	16 septembre 1994	786

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Décision de télécom CRTC 97-9	1er mai 1997	786
Décision de télécom CRTC 2002-34	30 mai 2002	770
Décision de télécom CRTC 2003-15	18 mars 2003	773
Décision de télécom CRTC 2003-18	18 mars 2003	773
Décision de télécom CRTC 2005-69	16 décembre 2005	772
Décision de télécom CRTC 2006-9	16 février 2006	774
Décision de télécom CRTC 2008-1	17 janvier 2008	777
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	375, 518
Delisle c. Canada (Sous-procureur général)	[1999] 2 R.C.S. 989	343
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	375
Director General, New South Wales Department of Community Services c. Y.	[1999] NSWSC 644 (AustLII)	224
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3	373, 660, 671
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College	[1990] 3 R.C.S. 570	242, 309
Dueck (Re)	(1999), 171 D.L.R. (4th) 761	220
Dunmore c. Ontario (Procureur général)	2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016	316, 343
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	695, 733, 783

E

Edmonton (Ville) c. 360Networks Canada Ltd.	2007 CAF 106, [2007] 4 R.C.F. 747	787
Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova	no 45701/99, CEDH 2001-XII	625
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	309, 637
EPCOR Generation Inc. c. Energy and Utilities Board	2003 ABCA 374, 346 A.R. 281	793
Escobedo c. Illinois	378 U.S. 478 (1964)	426

F

First Vancouver Finance c. M.R.N.	2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720	129, 143
Fleming c. Reid	(1991), 4 O.R. (3d) 74	211, 275
Florida c. Royer	460 U.S. 491 (1983)	424
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	314
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	673

G

GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)	(1998), 158 D.L.R. (4th) 497	696
Gillick c. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority	[1985] 3 All E.R. 402	213
Godbout c. Longueuil (Ville)	[1997] 3 R.C.S. 844	238, 283, 308
Gosselin c. Québec (Procureur général)	2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429	242, 287

H

H. (T.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	(1996), 138 D.L.R. (4th) 144	219
Haig c. Canada	[1993] 2 R.C.S. 995	315, 343
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451	242, 309

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Harwood Oil & Mining Co. c. Black	124 So.2d 764 (1960)	141
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391	610
Herring c. United States	555 U.S. 1 (2009)	451
Hockin c. Bank of British Columbia	(1995), 123 D.L.R. (4th) 538	704
Hofer c. Hofer	[1970] R.C.S. 958	634
Holt c. Telford	[1987] 2 R.C.S. 193	113
Hôpital Ste-Justine c. Giron	2002 CanLII 34269	221
Hopp c. Lepp	[1980] 2 R.C.S. 192	275
Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)	2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107	728
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	314
Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1995] 3 R.C.S. 453	110

I

Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.	[1991] 2 All E.R. 597	756
In re E.G.	549 N.E.2d 322 (1989)	223
In the Matter of Long Island Jewish Medical Center	557 N.Y.S.2d 239 (1990)	223
In the Matter of Rena	705 N.E.2d 1155 (1999)	223
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	314, 340, 590

J

J.S.C. c. Wren	(1986), 76 A.R. 115	218

K

Kemble c. Hicks	[1999] O.P.L.R. 1	715, 746
King c. Low	[1985] 1 R.C.S. 87	232

L

Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211	309
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	242
Lehman c. City of Shaker Heights	418 U.S. 298 (1974)	306
Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2007), 87 O.R. (3d) 736	729, 749
Lewis c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 821	71
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120	326, 591
Lockheed Corp. c. Spink	517 U.S. 882 (1996)	704

M

MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board	2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688	728
Malette c. Shulman	(1990), 72 O.R. (2d) 417	210, 275

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Markevich c. Canada	2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94	130, 135
Markle c. Toronto (City)	(2003), 63 O.R. (3d) 321	706
McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake	2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846	419
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	242, 309
McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 654	137
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	671
Minister for Health c. A.S.	[2004] WASC 286, 33 Fam. L.R. 223	224
Miranda c. Arizona	384 U.S. 436 (1966)	426
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152	695
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.	2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	306, 342
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	281, 582

N

Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec	[1992] R.J.Q. 361	276
National Grid Co. plc c. Mayes	[2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417	724
Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton	[1929] R.C.S. 186	784
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	252, 284
Novak c. Cobb County-Kennestone Hospital Authority	849 F.Supp. 1559 (1994)	223

O

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.	2000 CSC 48, [2000] 2 R.C.S. 519	240
Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)	(2003), 36 C.C.P.B. 154	728
Oregon c. Mathiason	429 U.S. 492 (1977)	425
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)	[1991] 2 R.C.S. 69	325

P

Parham, Commissioner, Department of Human Resources of Georgia c. J. R.	442 U.S. 584 (1979)	223
Patrick c. Telus Communications Inc.	2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74	728
Patrick c. Telus Communications Inc.	2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506	726
Pearse c. Pearse	(1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950	675
Planned Parenthood of Central Missouri c. Danforth, Attorney General of Missouri	428 U.S. 52 (1976)	222
Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey	505 U.S. 833 (1992)	611
Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board	(1999), 22 C.C.P.B. 49	760
Practice Note (Judges' Rules)	[1964] 1 W.L.R. 152	435

Q

Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée	[1977] 2 R.C.S. 1054	137

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

R

R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	671
R. c. A. (J.)	(1996), 112 C.C.C. (3d) 528	36
R. c. Araujo	2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	537
R. c. Arcangioli	[1994] 1 R.C.S. 129	38
R. c. Arp	[1998] 3 R.C.S. 339	84
R. c. Askov	[1990] 2 R.C.S. 1199	9, 397
R. c. Assoun	2006 NSCA 47, 244 N.S.R. (2d) 96	71
R. c. B. (A.J.)	[1995] 2 R.C.S. 413	33
R. c. B. (F.F.)	[1993] 1 R.C.S. 697	92
R. c. Banman	2008 MBCA 103, 236 C.C.C. (3d) 547	405
R. c. Bartle	[1994] 3 R.C.S. 173	481, 536
R. c. Beauchamp	2000 CSC 54, [2000] 2 R.C.S. 720	82
R. c. Béland	[1987] 2 R.C.S. 398	33
R. c. Belnavis	[1997] 3 R.C.S. 341	520
R. c. Bernshaw	[1995] 1 R.C.S. 254	535
R. c. Bevan	[1993] 2 R.C.S. 599	39
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	258, 281, 314, 343, 373, 611, 619
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	26, 537
R. c. Bisson	[1998] 1 R.C.S. 306	563
R. c. Blackman	2008 CSC 37, [2008] 2 R.C.S. 298	74, 84
R. c. Boyd	(1999), 118 O.A.C. 85	81
R. c. Brydges	[1990] 1 R.C.S. 190	389
R. c. Brydon	[1995] 4 R.C.S. 253	63, 80
R. c. Brydon	(1995), 37 C.R. (4th) 1	563
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	395
R. c. Burlingham	[1995] 2 R.C.S. 206	391, 450
R. c. Carpenter	(1993), 14 O.R. (3d) 641	81
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	502
R. c. Cavanagh	(1976), 15 O.R. (2d) 173	81
R. c. Clark	(1995), 87 O.A.C. 178	37
R. c. Codina	(1995), 95 C.C.C. (3d) 311	36
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	388, 444, 502, 514, 534, 675
R. c. Conway	[1989] 1 R.C.S. 1659	446
R. c. Cooper	[1978] 1 R.C.S. 860	58, 79
R. c. Corbett	[1988] 1 R.C.S. 670	76, 92, 554
R. c. Couture	2007 CSC 28, [2007] 2 R.C.S. 517	74
R. c. Cowell	[2002] O.J. No. 4783 (QL)	88
R. c. D.B.	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3	240, 255
R. c. D.D.	2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275	87
R. c. D.P.	2002 ABCA 285, 317 A.R. 375	549
R. c. Daley	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	38, 556
R. c. Davis	[1999] 3 R.C.S. 759	420
R. c. Demetrius	(2003), 179 C.C.C. (3d) 26	36
R. c. Desveaux	(1986), 26 C.C.C. (3d) 88	551
R. c. Divitaris	(2004), 188 C.C.C. (3d) 390	36
R. c. Dolynchuk	(2004), 184 C.C.C. (3d) 214	405

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Duguay	(1985), 18 C.C.C. (3d) 289	388
R. c. Duguay	[1989] 1 R.C.S. 93	451
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	518
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	587, 623, 646
R. c. Esposito	(1985), 24 C.C.C. (3d) 88	375
R. c. Evans	[1993] 2 R.C.S. 629	30
R. c. Fair	(1993), 16 O.R. (3d) 1	36
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	410
R. c. Ferguson	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	336, 602
R. c. Fleet	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457	58
R. c. Foreman	(2002), 6 C.R. (6th) 201	72
R. c. G.M.	[2000] O.J. No. 5007 (QL)	36
R. c. Gagnon	2006 CSC 17, [2006] 1 R.C.S. 621	83
R. c. Genest	[1989] 1 R.C.S. 59	395, 675
R. c. Golden	2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679	410, 423
R. c. Goldhart	[1996] 2 R.C.S. 463	414
R. c. Grafe	(1987), 36 C.C.C. (3d) 267	382, 431
R. c. Grant	[1993] 3 R.C.S. 223	414
R. c. Grant	2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353	466, 485, 492, 499, 514, 531, 670
R. c. Greffe	[1990] 1 R.C.S. 755	448
R. c. Guiboche	2004 MBCA 16, 183 C.C.C. (3d) 361	58
R. c. Harper	[1994] 3 R.C.S. 343	402
R. c. Harrer	[1995] 3 R.C.S. 562	392, 661, 675
R. c. Harris	2007 ONCA 574, 225 C.C.C. (3d) 193	414
R. c. Harrison	2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494	417, 457
R. c. Hawkins	[1996] 3 R.C.S. 1043	84
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	375
R. c. Henderson	(1999), 44 O.R. (3d) 628	550
R. c. Henry	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609	400
R. c. Horan	2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514	661
R. c. Hufsky	[1988] 1 R.C.S. 621	389, 518
R. c. Jacquard	[1997] 1 R.C.S. 314	36
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	444
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	242, 257, 287, 616
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	314, 351
R. c. Khan	[1990] 2 R.C.S. 531	84
R. c. Khan	2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823	36, 93
R. c. Khelawon	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787	85
R. c. Kitaitchik	(2002), 166 C.C.C. (3d) 14	398, 507
R. c. Kokesch	[1990] 3 R.C.S. 3	395, 523
R. c. Labaye	2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728	334
R. c. Ladouceur	[1990] 1 R.C.S. 1257	389, 518
R. c. Lemky	(1992), 17 B.C.A.C. 71	72
R. c. Lifchus	[1997] 3 R.C.S. 320	62, 82, 544, 556
R. c. M. (M.C.)	(2003), 176 C.C.C. (3d) 263	551
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	239, 283
R. c. Mann	2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59	372, 426, 466, 489, 502, 517

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Mapara	2005 CSC 23, [2005] 1 R.C.S. 358	84
R. c. Moon	[1969] 3 All E.R. 803	81
R. c. Moran	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225	429
R. c. Morgentaler	[1988] 1 R.C.S. 30	212, 251, 283
R. c. Morin	[1992] 1 R.C.S. 771	6
R. c. Naglik	[1993] 3 R.C.S. 122	63
R. c. O'Connor	[1995] 4 R.C.S. 411	454, 661, 673
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	202, 259, 289, 332, 578, 618, 640
R. c. Orbanski	2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3	324, 391, 483
R. c. Orellana	[1999] O.J. No. 5746 (QL)	440
R. c. P. (R.)	(1990), 58 C.C.C. (3d) 334	68
R. c. Padavattan	(2007), 223 C.C.C. (3d) 221	406
R. c. Pasqualino	2008 ONCA 554, 233 C.C.C. (3d) 319	72
R. c. Puskas	(1997), 120 C.C.C. (3d) 548	503
R. c. Rahey	[1987] 1 R.C.S. 588	671
R. c. Regan	2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297	446, 659, 670
R. c. Richfield	(2003), 178 C.C.C. (3d) 23	405
R. c. Rockey	[1996] 3 R.C.S. 829	36
R. c. Russell	2000 CSC 55, [2000] 2 R.C.S. 731	82
R. c. S. (P.)	(2000), 144 C.C.C. (3d) 120	36
R. c. S. (W.D.)	[1994] 3 R.C.S. 521	63, 549, 556
R. c. S.A.B.	2003 CSC 60, [2003] 2 R.C.S. 678	405
R. c. S.A.C.	2008 CSC 47, [2008] 2 R.C.S. 675	141
R. c. Schedel	(2003), 175 C.C.C. (3d) 193	404
R. c. Seguin	(1979), 45 C.C.C. (2d) 498	81
R. c. Seymour	[1996] 2 R.C.S. 252	63
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	240
R. c. Shepherd	2007 SKCA 29, 218 C.C.C. (3d) 113	406
R. c. Silveira	[1995] 2 R.C.S. 297	395
R. c. Simmons	[1988] 2 R.C.S. 495	409
R. c. Simpson	[1988] 1 R.C.S. 3	33
R. c. Smith	[1992] 2 R.C.S. 915	68, 84
R. c. Spence	2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458	92
R. c. St. Lawrence	[1949] O.R. 215	410
R. c. Starr	2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144	68, 84, 550, 559
R. c. Sterling	(1993), 113 Sask. R. 81	666
R. c. Stillman	[1997] 1 R.C.S. 607	390, 449, 534
R. c. Stinchcombe	[1991] 3 R.C.S. 326	661
R. c. Stirling	2008 CSC 10, [2008] 1 R.C.S. 272	33
R. c. Strachan	(1986), 25 D.L.R. (4th) 567	450
R. c. Strachan	[1988] 2 R.C.S. 980	414
R. c. Suberu	2007 ONCA 60, 85 O.R. (3d) 127	427
R. c. Suberu	2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460	389, 427, 440
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	324, 518
R. c. Taillefer	2003 CSC 70, [2003] 3 R.C.S. 307	451
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	518

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Therens	[1985] 1 R.C.S. 613	324, 376, 424, 481, 485, 590
R. c. Tombran	(2000), 142 C.C.C. (3d) 380	58
R. c. Tremblay	[1993] 2 R.C.S. 932	334
R. c. Trochym	2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239	36
R. c. Tymiak	2005 ABCA 22, 363 A.R. 126	544
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	92
R. c. White	[1999] 2 R.C.S. 417	396
R. c. Wray	[1971] R.C.S. 272	397
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	26
R. A. V. c. City of St. Paul	505 U.S. 377 (1992)	351
Ramsden c. Peterborough (Ville)	[1993] 2 R.C.S. 1084	314, 349
Re A.Y.	(1993), 111 Nfld. & P.E.I.R. 91	222, 248
Re B (adult : refusal of medical treatment)	[2002] EWHC 429, [2002] 2 All E.R. 449	275
Re C (adult : refusal of medical treatment)	[1994] 1 All E.R. 819	275
Re E (a minor) (wardship : medical treatment)	[1993] 1 F.L.R. 386	218
Re General Increase in Freight Rates	(1954), 76 C.R.T.C. 12	784
Re L (medical treatment : Gillick competency)	[1998] 2 F.L.R. 810	218
Re L.D.K.	(1985), 48 R.F.L. (2d) 164	221
Re M (medical treatment : consent)	[1999] 2 F.L.R. 1097	218
Re R (a minor) (wardship : medical treatment)	[1991] 4 All E.R. 177	216
Re Regina and Arviv	(1985), 51 O.R. (2d) 551	665
Re S (a minor) (consent to medical treatment)	[1994] 2 F.L.R. 1065	218
Re T (adult : refusal of medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 649	210, 275
Re W (a minor) (medical treatment)	[1992] 4 All E.R. 627	216
Reagan c. Murphy	105 So.2d 210 (1958)	141
Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act	(1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60	793
Region 2 Hospital Corp. c. Walker	(1994), 150 R.N.-B. (2e) 366	222
Reibl c. Hughes	[1980] 2 R.C.S. 880	275
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	641
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	239, 345
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	594, 627
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519	202, 251, 276
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	637

S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156	645
Şahin c. Turquie [GC]	requête nº 44774/98, CEDH 2005-XI	624
Saulnier c. Banque Royale du Canada	2008 CSC 58, [2008] 3 R.C.S. 166	110
Schmidt c. Air Products Canada Ltd.	[1994] 2 R.C.S. 611	692, 735
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	314
Secretary, Department of Health and Community Services c. J.W.B. (Marion's Case)	(1992), 175 C.L.R. 218	224
Seigneur c. Immeubles Beneficial Ltée	[1994] R.J.Q. 1535	165
Shapiro c. Wilkinson	[1943] O.R. 806	81
Shepard c. United States	290 U.S. 96 (1933)	93

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	323
Smith c. Michelin North America (Canada) Inc.	2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274	727
Stansbury c. California	511 U.S. 318 (1994)	426
Starson c. Swayze	2003 CSC 32, [2003] 1 R.C.S. 722	273
Stoffman c. Vancouver General Hospital	[1990] 3 R.C.S. 483	242, 309
Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)	(1990), 66 D.L.R. (4th) 271	749
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	352
Sutherland c. Hudson's Bay Co.	(2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64	718, 726, 744
Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.	2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83	240
Syndicat Northcrest c. Amselem	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551	258, 281, 587

T

Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	242
Thompson c. Keohane	516 U.S. 99 (1995)	426
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	606, 630, 642
Toronto-Dominion Bank c. Block Bros. Contractors Ltd.	(1980), 118 D.L.R. (3d) 311	167
Trent University Faculty Assn. c. Trent University	(1997), 35 O.R. (3d) 375	710
TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf	[1995] R.J.Q. 637	710
Turner c. Andrews	2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53	729

U

U. (C.) (Next friend of) c. Alberta (Director of Child Welfare)	2003 ABCA 66, 13 Alta. L.R. (4th) 1	221
United States c. Mendenhall	446 U.S. 544 (1980)	424
Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers	2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772	608

V

Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore	1999 BCCA 6, 168 D.L.R. (4th) 637	219, 277

W

White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee	2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39	729

Y

Young c. Young	[1993] 4 R.C.S. 3	232

Z

Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)	(1988), 65 O.R. (2d) 641	612

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ..... 181, 295, 460, 567
s. 2(a) 181, 567
s. 2(b) 295
s. 7 ..... 181, 651
s. 8 527
s. 9 353
s. 10 ..... 353, 460
s. 11(b) 3
s. 15 181
s. 24(1) 651
s. 24(2) 353, 494
s. 32 295

Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80
s. 2(1) 181
s. 25(8) 181
s. 25(9) 181

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 84 "transfer" 353
s. 99 353
s. 100 353
s. 253 527
s. 254(3) 527
s. 686(1)(b)(iii) 19

F

Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28
s. 24 678

PAGE

I

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.)
s. 224(1.3) "security interest" 94
s. 227(4.1) 94

O

Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002
s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3) 567

T

Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38
s. 7 764
s. 47 764
s. 52(1) 764

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ..... 181, 295, 460, 567
art. 2a) 181, 567
art. 2b) 295
art. 7 ..... 181, 651
art. 8 527
art. 9 353
art. 10 ..... 353, 460
art. 11b) 3
art. 15 181
art. 24(1) 651
art. 24(2) 353, 494
art. 32 295

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 84 « cession » 353
art. 99 353
art. 100 353
art. 253 527
art. 254(3) 527
art. 686(1)b)(iii) 19

L

Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, L.O. 1997, ch. 28
art. 24 678

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.)
art. 224(1.3) « garantie » 94
art. 227(4.1) 94

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80
art. 2(1) 181
art. 25(8) 181
art. 25(9) 181

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38
art. 7 764
art. 47 764
art. 52(1) 764

O

Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002
art. 14(1)b) (mod. par Alta. Reg. 137/2003, art. 3) 567

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Alderson, Priscilla. "Everyday and medical life choices: decision-making among 8- to 15-year-old school students", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot: Ashgate, 2005, 445.... 227

Alderson, Priscilla. "In the genes or in the stars? Children's competence to consent", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot: Ashgate, 2005, 549. 228

Ambuel, Bruce, and Julian Rappaport. "Developmental Trends in Adolescents' Psychological and Legal Competence to Consent to Abortion" (1992), 16 *Law & Hum. Behav.* 129. 226

Aquinas, Thomas. *Treatise on Law.* Washington, D.C.: Regnery Gateway, 1991..... 641

Austin, John. *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law*, 5th ed. revised and edited by R. Campbell. London: J. Murray, 1885. 141

Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369. 596

Bastarache, Michel, et al. *The Law of Bilingual Interpretation.* Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008. 138

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 5^{e} éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998. 114

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6^{e} éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005. 143

Bélanger, André. *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004. 146

Berg, Jessica W., et al. *Informed Consent: Legal Theory and Clinical Practice*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2001. 242

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "encumbrance"..... 144

"Blood Transfusion And Outcomes", in *Medical News Today*, April 23, 2009 (online: www.medicalnewstoday.com/articles/147167.php). 282

Bonneau, Thierry. *Droit bancaire*, 7^{e} éd. Paris : Montchrestien, 2007. 166

Brazier, Margaret, and Caroline Bridge. "Coercion or caring: analysing adolescent autonomy", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot: Ashgate, 2005, 461. 226

Bridge, Caroline. "Religious Beliefs and Teenage Refusal of Medical Treatment" (1999), 62 *Mod. L. Rev.* 585. 235

Brierley, John E. C. "Title Six: Certain Patrimonies by Appropriation — Articles 1256-1298", in *Reform of the Civil Code*, vol. 1-B, *Property.* Texts written for the Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec. Translated by Susan Altschul. Montréal: Barreau du Québec, 1993. 143

PAGE

Brierley, John E. C. « Titre sixième : De certains patrimoines d'affectation — Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, *Personnes, successions, biens.* Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec. Sainte-Foy, Qué. : Presses de l'Université Laval, 1993, 735. 143

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008 642

Buchanan, Allen E., and Dan W. Brock. *Deciding for Others: The Ethics of Surrogate Decision Making.* Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 226

Butterfoss, Edwin J. "Bright Line Seizures: The Need for Clarity in Determining When Fourth Amendment Activity Begins" (1988-1989), 79 *J. Crim. L. & Criminology* 437. 431

Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1. 630

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10. *La preuve — L'exclusion de la preuve illégalement obtenue.* Ottawa : La Commission, 1974. 451

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve.* Ottawa : La Commission, 1975. 85

Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence.* Ottawa: The Commission, 1975. 85

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Evidence — The Exclusion of Illegally Obtained Evidence.* Ottawa: The Commission, 1974. 451

Canadian Judicial Council. National Committee on Jury Instructions. *Jury Instructions.* Ottawa: The Council, 2008 (online: http://www.cjc-ccm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_en.asp). 544

Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec. *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations.* Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003, « droit réel accessoire », « droit réel de garantie ». 141

Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501. 631

Ciotola, Pierre, et Antoine Leduc. « Arrêt *Val-Brillant* : évolution ou régression de l'hypothèque mobilière avec dépossession, en droit civil québécois? », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial.* Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, 361. 158

Claxton, John B. *Studies on the Quebec Law of Trust.* Toronto: Thomson Carswell, 2005. 143

Conseil canadien de la magistrature. Comité national sur les directives au jury. *Les directives au jury.* Ottawa : Le Conseil, 2008 (en ligne : http://www.cjc-ccm.gc.ca/french/lawyers_asp?selMenu=lawyers_juryinstruction_asp). 544

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. 138

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 138

Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 2. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated November 2008). 118

Cuerrier, Marc. « L'harmonisation de la législation fiscale fédérale », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien* (Deuxième publication), Fascicule 7. Ottawa : Ministère de la Justice, 2001. 123

Cuerrier, Marc. "The Harmonization of Federal Tax Legislation", in *The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism* (Second publication), Booklet 7. Ottawa: Department of Justice, 2001. 123

PAGE

Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law.* Toronto: Irwin Law, 2005. 120

d'Aquin, Thomas. *Somme théologique*, t. 2. Paris : Les Éditions du Cerf, 2003 (en ligne : http://bibliotheque.editionsducerf.fr/par%20page/1410/TM.htm). 641

Davies, Paul L. *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, 7th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003. 145

Davis, Morris, and Joseph F. Krauter. *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities.* Toronto: Methuen, 1971. 635

Denault, Philippe. *La recherche d'unité dans l'interprétation du droit privé fédéral : Cadre juridique et fragments du discours judiciaire.* Montréal : Thémis, 2008. 137

Derham, S. Rory. *The Law of Set-Off*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2003. 114

Deschamps, Michel. « Le nouveau régime québécois des sûretés sur des valeurs mobilières », conférence donnée le 19 mars 2009 à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal (en ligne : www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/032009/Deschamps.pdf). 158

Dickens, Bernard M. "Medically Assisted Death: *Nancy B.* v. *Hôtel-Dieu de Québec*" (1993), 38 *McGill L.J./R.D. McGill* 1053. 275

Douglas, Gillian. "The Retreat from *Gillick*" (1992), 55 *Mod. L. Rev.* 569. 216

Duboc, Guy. *La compensation et les droits des tiers.* Paris: L.G.D.J., 1989. 147

Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Thomson Carswell, 2004, "debenture", "encumbrance". 144

Dworkin, Gerald. "Consent, Representation, and Proxy Consent", in Willard Gaylin and Ruth Macklin, eds., *Who Speaks For The Child: The Problems of Proxy Consent.* New York: Plenum Press, 1982, 191. 239

Eekelaar, John. "The Emergence of Children's Rights" (1986), 6 *Oxford J. Legal Stud.* 161. 229

Eekelaar, John. "The Importance of Thinking that Children Have Rights" (1992), 6 *Int'l J.L. & Fam.* 221. ... 232

Eekelaar, John. "The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism" (1994), 8 *Int'l J.L. & Fam.* 42. 232

Eekelaar, John. "White Coats or Flak Jackets? Doctors, Children and the Courts — Again" (1993), 109 *L.Q. Rev.* 182. 216

Eissen, Marc-André. "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights.* Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993, 125. 641

Emiliou, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study.* London: Kluwer Law International, 1996. 628

Ferguson, Lucinda. "The End of an Age: Beyond Age Restrictions for Minors' Medical Treatment Decisions". Paper prepared for the Law Commission of Canada. Ottawa: The Commission, October 29, 2004. 211

Ferguson, Lucinda. "Trial by Proxy: How Section 15 of the *Charter* Removes Age from Adolescence" (2005), 4 *J.L. & Equality* 84. 225

Fortin, Jane. *Children's Rights and the Developing Law*, 2nd ed. London: LexisNexis UK, 2003. 225

Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions", in Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence.* Toronto: Butterworths, 1972, 95. 675

Freeman, Michael. "Removing rights from adolescents" (1993), 17 *Adoption & Fostering* 14. 217

PAGE

Freeman, Michael D. A. *The Rights and Wrongs of Children*. London: Pinter, 1983. 229

Garner, Bryan A. *A Dictionary of Modern Legal Usage*, 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1995, "debenture". 144

Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil — Les obligations : les effets du contrat*, avec le concours de Marc Billiau. Paris: L.G.D.J., 1992. 167

Gilmour, Joan M. "Death and Dying", in Mary Jane Dykeman et al., eds., *Canadian Health Law Practice Manual*. Toronto: Butterworths, 2000 (loose-leaf updated November 2008, issue 29), 8.01. 230

Gilmour, Joan M. "Death, Dying and Decision-making about End of Life Care", in Jocelyn Downie, Timothy Caulfield and Colleen M. Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 437. 231

Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed. by Louise Gullifer. London: Sweet & Maxwell, 2008. 120

Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383. 631

Grottenthaler, Margaret E., and Philip J. Henderson. *The Law of Financial Derivatives in Canada*. Toronto: Thomson Carswell, 2003 (loose-leaf updated 2008, release 1). 168

Hartman, Rhonda Gay. "Coming of Age: Devising Legislation for Adolescent Medical Decision-Making" (2002), 28 *Am. J. L. & Med.* 409. 223

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2007, release 1). 373

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2008, release 1). 605

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007. ..... 288, 323, 350

Hohfeld, Wesley Newcomb. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1917), 26 *Yale L.J.* 710. 141

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989. 329

Holland, Thomas Erskine. *The Elements of Jurisprudence*, 12th ed. Oxford: Clarendon Press, 1916. 141

Honorat, Adrienne. « Redressement et liquidation judiciaires », D. 1998.Somm.325. 166

Hurka, Thomas. "Proportionality in the Morality of War" (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34. 641

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. ..... 694, 736

Karim, Vincent. *Les obligations*, 2e éd., vol. 2, art. 1497 à 1707 C.c.Q. Montréal : Wilson & Lafleur, 2002. 146

LaFave, Wayne R. *Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment*, 4th ed., vol. 1. St. Paul, Minn.: Thomson/West, 2004. 451

Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd. Montréal : Thémis, 2007. 141

Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009. 141

Lamoureux, Martin. « Rapport sur l'harmonisation du terme "Interest" », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études en fiscalité 2001*. Montréal : Association de planification fiscale et financière/Ministère de la Justice du Canada, 2002, 7:1. 124

PAGE

Lamoureux, Martin. "The Income Tax Act, the Excise Tax Act and the Term Interest: An Interesting Case for Harmonization", in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of Studies in Tax Law 2001*. Montréal: Fiscal and Financial Planning Association/Department of Justice of Canada, 2002, 7:1. 124

Levine, Saul. "Informed Consent of Minors in Crucial and Critical Health Care Decisions", in Aaron H. Esman, ed., *Adolescent Psychiatry: The Annals of the American Society for Adolescent Psychiatry*, vol. 25. Hillsdale, N.J.: Analytic Press, 2000, 203. 226

Lewis, Catherine C. "A Comparison of Minors' and Adults' Pregnancy Decisions" (1980), 50 *Amer. J. Orthopsychiat.* 446. 225

Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*. Montréal : Thémis, 2006. 146

Macdonald, Roderick A. "Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies" (1994), 39 *McGill L.J.* 761. 141

Macdonald, Roderick A. "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives", in Hélène Jutras and Katia Opalka, eds., *Contemporary Utilisation of Non-Corporate Vehicles of Commerce*. Meredith Lectures. Montréal: Faculty of Law, McGill University, 1997, 155. 143

Mahoney, Richard. "Problems with the Current Approach to s. 24(2) of the Charter: An Inevitable Discovery" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 443. 404

Manitoba. Commission de réforme du droit. *Minors' Consent to Health Care*, Rapport #91. Winnipeg : La Commission, 1995. ..... 213, 262

Manitoba. Law Reform Commission. *Minors' Consent to Health Care*, Report #91. Winnipeg: The Commission, 1995. ..... 213, 262

Martel, Paul. *Business Corporations in Canada: Legal and Practical Aspects*. Toronto: Thomson Carswell, 2005 (loose-leaf updated 2008, release 3). 144

Martin, Didier. « Contrats et obligations », *Juris-classeur civil*, art. 1289 à 1293, fasc. 108 à 111. France : Éditions Techniques, 1995. 166

Martin, Didier. « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987. Chron.229. 166

Mason, John Kenyon. *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood*, 2nd ed. Aldershot: Dartmouth, 1998. 235

Masson, Judith. "Re W: appealing from the golden cage" (1993), 5 *J. Child L.* 37. 216

McLachlin, The Right Honourable Beverley M. "Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective", in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy*. Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2004, 12. 637

McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "The Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: An Analysis of Section 24" (1983), 21 *Alta. L. Rev.* 205. 404

Meisel, Alan. "The Legal Consensus About Forgoing Life-Sustaining Treatment: Its Status and Its Prospects" (1992), 2 *Kennedy Inst. of Ethics J.* 309. 275

Mirfield, Peter. "The Early Jurisprudence of Judicial Disrepute" (1987-88), 30 *Crim. L.Q.* 434. 448

Morel, André. « La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien — Recueil d'études*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1997, 309. 137

Morel, André. "La rédaction de lois bilingues harmonisées avec le droit civil", in *The Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism — Collection of studies*. Ottawa: Department of Justice, 1997, 309. 137

PAGE

Mullan, David J. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003. 591

Munby, Sir James. "Consent to Treatment: Children and the Incompetent Patient", in Andrew Grubb, ed., assisted by Judith Laing, *Principles of Medical Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, 205. 217

Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality.* New York: Basic Books, 2008. 618

Ontario. Commission d'experts en régimes de retraite. *Un juste équilibre : Une retraite sûre, Un régime abordable, Des règles équitables.* Toronto : La Commission, 2008. 737

Ontario. Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System. *Report of the Commission on Systemic Racism in the Ontario Criminal Justice System.* Toronto: The Commission, 1995. 423

Ontario. Commission ontarienne des droits de la personne. Rapport d'enquête. *Un prix à payer : Les coûts humains du profilage racial.* Toronto : La Commission, 2003 (en ligne : www.ohrc.on.ca/fr). 423

Ontario. Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario. *Rapport de la Commission sur le racisme systémique dans le système de justice pénale en Ontario.* Toronto : La Commission, 1995. 423

Ontario. Expert Commission on Pensions. *A Fine Balance: Safe Pensions, Affordable Plans, Fair Rules.* Toronto: The Commission, 2008. 736

Ontario. Ontario Human Rights Commission. Inquiry Report. *Paying the Price: The Human Cost of Racial Profiling.* Toronto: The Commission, 2003 (online: www.ohrc.on.ca/en). 423

Paciocco, David M. "*Stillman*, Disproportion and the Fair Trial Dichotomy under Section 24(2)" (1997), 2 *Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.* 163. 404

Paciocco, David M. "The Judicial Repeal of s. 24(2) and the Development of the Canadian Exclusionary Rule" (1989-90), 32 *Crim. L.Q.* 326. ..... 404, 445

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2008. ..... 37, 87, 544

Palmer, Kelly R. *The Law of Set-Off in Canada.* Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993. 114

Paton, George Whitecross. *A Text-Book of Jurisprudence*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1951. 141

Payette, Louis. *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^{e} éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2001. 144

Penney, Steven. "Taking Deterrence Seriously: Excluding Unconstitutionally Obtained Evidence Under Section 24(2) of the *Charter*" (2004), 49 *McGill L.J./R.D. McGill* 105. ..... 404, 450

Perrin, L. Timothy, et al. "If It's Broken, Fix It: Moving Beyond the Exclusionary Rule — A New and Extensive Empirical Study of the Exclusionary Rule and a Call for a Civil Administrative Remedy to Partially Replace the Rule" (1998), 83 *Iowa L. Rev.* 669. 451

Pineau, Jean, Danielle Burman et Serge Gaudet. *Théorie des obligations*, 4^{e} éd. par Jean Pineau et Serge Gaudet. Montréal : Thémis, 2001. 146

Pratte, Denise. « L'hypothèque avec dépossession de créances non représentées par un titre négociable ou le retour à une fiction accommodante », dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial.* Québec : Presses de l'Université Laval, 2006, 421. 158

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 1re sess., 38^{e} lég., vol. 40, n^{o} 46, 11 juin 2008, Étude détaillée du projet de loi n^{o} 47, *Loi sur le transfert de valeurs mobilières et d'autres actifs financiers*, p. 1. 158

PAGE

Quebec Research Centre of Private and Comparative Law. *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons: Obligations.* Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2003, "accessory real right". 140

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « débenture ». 144

Rives-Lange, Jean-Louis, et Monique Contamine-Raynaud. *Droit bancaire*, 6e éd. Paris : Dalloz, 1995. 166

Roach, Kent. "Constitutionalizing Disrepute: Exclusion of Evidence after *Therens*" (1986), 44 *U.T. Fac. L. Rev.* 209. 445

Rosato, Jennifer L. "Let's Get Real: Quilting a Principled Approach to Adolescent Empowerment in Health Care Decision-Making" (2001-2002), 51 *DePaul L. Rev.* 769. 223

Ross, Lainie Friedman. "Health Care Decisionmaking by Children: Is It in Their Best Interest?", in Michael Freeman, ed., *Children, Medicine and the Law.* Aldershot: Ashgate, 2005, 487. 226

Rozovsky, Lorne Elkin. *The Canadian Law of Consent to Treatment*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003. 233

Ryan, Michael H. *Canadian Telecommunications Law and Regulation.* Scarborough: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2008, release 2). 785

Salmond, John William. *Jurisprudence*, 10th ed. by Glanville L. Williams. London: Sweet and Maxwell, 1947. 141

Scofield, Giles R. "Is the Medical Ethicist an 'Expert'?" (1994), 3(1) *Bioethics Bulletin* 1. 230

Scott, Elizabeth S. "The Legal Construction of Adolescence" (2000-2001), 29 *Hofstra L. Rev.* 547. 223

Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006. 694

Shearing, Clifford D., and Philip C. Stenning assisted by David Denberg. *Police Training in Ontario: An Evaluation of Recruit and Supervisory Courses.* Working Paper. Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 1980. 423

Sneiderman, Barney, John C. Irvine and Philip H. Osborne. *Canadian Medical Law*, 3rd ed., c. 20, "The Mature Minor Patient and the Refusal of Treatment". Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2003. ... 235

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1999. 90

Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 4th ed. Toronto, Ont.: Thomson/Carswell, 2005. ..... 404, 422, 450

Stuart, Don. "Questioning the Discoverability Doctrine in Section 24(2) Rulings" (1996), 48 C.R. (4th) 351. 411

Stuesser, Lee. "*R. v. S.A.B.*: Putting 'Self-Incrimination' in Context" (2004), 42 *Alta. L. Rev.* 543. 405

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. 420

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ..... 112, 419

Tanovich, David M. "Using the Charter to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention" (2002), 40 *Osgoode Hall L.J.* 145. 423

Taylor, Charles. *Philosophical Arguments.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. 624

Van der Schyff, Gerhard. *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights.* Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2005. 641

Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005. 755

PAGE

Webber, Jeremy. "The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion", in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*. Vancouver: UBC Press, 2006, 178. 624

Webber, Jeremy. "Understanding the Religion in Freedom of Religion", in Peter Cane, Carolyn Evans and Zoë Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 26. 636

Weinstock, Daniel M. "Philosophical Reflections on the *Oakes* Test", in Luc B. Tremblay and Grégoire C. N. Webber, eds., *The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*. Montréal: Thémis, 2009, 115. 641

Weithorn, Lois A., and Susan B. Campbell. "The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions" (1982), 53 *Child Dev.* 1589. 225

Will, Jonathan F. "My God My Choice: The Mature Minor Doctrine and Adolescent Refusal of Life-Saving or Sustaining Medical Treatment Based Upon Religious Beliefs" (2005-2006), 22 *J. Contemp. Health L. & Pol'y* 233. 223

Wilson, R. Dean, Nicole J. Garson and Christopher E. Hinkson. *Civil Jury Instructions*, 2nd ed. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009. 552

Wood, Philip R. *Set-Off and Netting, Derivatives, Clearing Systems*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. 120

Young, Alan. "All Along the Watchtower: Arbitrary Detention and the Police Function" (1991), 29 *Osgoode Hall L.J.* 329. 423

Her Majesty The Queen in Right of the Province of Alberta *Appellant*

v.

Hutterian Brethren of Wilson Colony and Hutterian Brethren Church of Wilson *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Canadian Civil Liberties Association, Ontario Human Rights Commission, Evangelical Fellowship of Canada and Christian Legal Fellowship *Interveners*

INDEXED AS: ALBERTA *v.* HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY

Neutral citation: 2009 SCC 37.

File No.: 32186.

2008: October 7; 2009: July 24

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's

Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Alberta *Appelante*

c.

Hutterian Brethren of Wilson Colony et Hutterian Brethren Church of Wilson *Intimées*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, Commission ontarienne des droits de la personne, Alliance évangélique du Canada et Alliance des chrétiens en droit *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : ALBERTA *c.* HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY

Référence neutre : 2009 CSC 37.

N^{o} du greffe : 32186.

2008 : 7 octobre; 2009 : 24 juillet.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la religion — Nouveau règlement imposant la photo

licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

Alberta requires all persons who drive motor vehicles on highways to hold a driver's licence. Since 1974, each licence has borne a photograph of the licence holder, subject to exemptions for people who objected to having their photographs taken on religious grounds. Religious objectors were granted a non-photo licence called a Condition Code G licence, at the Registrar's discretion. In 2003, the Province adopted a new regulation and made the photo requirement universal. The photograph taken at the time of issuance of the licence is placed in the Province's facial recognition data bank. There were about 450 Condition Code G licences in Alberta, 56 percent of which were held by members of Hutterian Brethren colonies. The Wilson Colony of Hutterian Brethren maintains a rural, communal lifestyle, carrying on a variety of commercial activities. They sincerely believe that the Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken and objected to having their photographs taken on religious grounds. The Province proposed two measures to lessen the impact of the universal photo requirement but, since these measures still required that a photograph be taken for placement in the Province's facial recognition data bank, they were rejected by the members of the Wilson Colony. They proposed instead that no photograph be taken and that non-photo driver's licences be issued to them marked "Not to be used for identification purposes". Unable to reach an agreement with the Province, the members of the Wilson Colony challenged the constitutionality of the regulation alleging an unjustifiable breach of their religious freedom. The case proceeded on the basis that the universal photo requirement infringes s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The claimants led evidence asserting that if members could not obtain driver's licences, the viability of their communal lifestyle would be threatened. The Province, for its part, led evidence that the adoption of the universal photo requirement was connected to a new system aimed at minimizing identity theft associated with driver's licences and that the new facial recognition data bank was aimed at reducing the risk of this type of fraud. Both the chambers judge and the majority of the Court of Appeal held that the infringement of

obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

L'Alberta oblige toutes les personnes qui conduisent un véhicule automobile sur la voie publique à détenir un permis de conduire. Depuis 1974, chaque permis portait une photo de son titulaire, sous réserve des exemptions accordées aux personnes qui objectaient des motifs religieux à l'obligation de se faire photographier. Les personnes qui soulevaient des objections d'ordre religieux obtenaient un permis sans photo, c'est-à-dire un permis assorti de la condition G, à la discrétion du registraire. En 2003, la province a pris un nouveau règlement et universalisé la photo obligatoire. La photo prise au moment de la délivrance du permis est versée dans une banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. Il existait en Alberta environ 450 permis assortis de la condition G, dont 56 pour 100 étaient détenus par des membres des colonies huttérites. Les membres de la colonie huttérite Wilson ont un mode de vie rural et communautaire et ils exercent diverses activités commerciales. Ils croient sincèrement que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement et ils refusent, pour des motifs religieux, de se laisser photographier. La province a proposé deux mesures pour atténuer l'effet de l'universalité de la photo obligatoire, mais les membres de la colonie Wilson les ont rejetées parce qu'elles les obligeraient toujours à faire prendre leur photo afin qu'elle soit versée dans la banque de données provinciale servant à la reconnaissance faciale. Ils ont proposé plutôt qu'aucune photo ne soit prise et qu'on leur délivre des permis de conduire sans photo, portant la mention « Non valide comme pièce d'identité ». À défaut d'entente avec la province, les membres de la colonie Wilson ont contesté la validité constitutionnelle du règlement en alléguant qu'il portait une atteinte injustifiée à leur liberté de religion. Il a été tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle contrevient à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les plaignants ont présenté une preuve démontrant que l'impossibilité pour les membres de la colonie d'obtenir un permis de conduire menacerait la viabilité de leur mode de vie communautaire. Pour sa part, la province a présenté une preuve démontrant que l'universalisation de la photo obligatoire était reliée à un nouveau système visant à réduire au minimum le vol d'identité associé au permis de conduire et que la nouvelle banque

freedom of religion was not justified under s. 1 of the *Charter.*

Held (LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ.: The regulation is justified under s. 1 of the *Charter.* Regulations are measures "prescribed by law" under s. 1, and the objective of the impugned regulation of maintaining the integrity of the driver's licensing system in a way that minimizes the risk of identity theft is clearly a goal of pressing and substantial importance, capable of justifying limits on rights. The universal photo requirement permits the system to ensure that each licence in the system is connected to a single individual, and that no individual has more than one licence. The Province was entitled to pass regulations dealing not only with the primary matter of highway safety, but also with collateral problems associated with the licensing system. [39] [42] [45]

The regulation satisfies the proportionality test. First, the universal photo requirement is rationally connected to the objective. The Province's evidence demonstrates that the existence of an exemption from the photo requirement would materially increase the vulnerability of the licensing system and the risk of identity-related fraud. Second, the universal photo requirement for all licensed drivers minimally impairs the s. 2(*a*) right. The impugned measure is reasonably tailored to address the problem of identity theft associated with driver's licences. The evidence discloses no alternative measures which would substantially satisfy the government's objective while allowing the claimants to avoid being photographed. The alternative proposed by the claimants would significantly compromise the government's objective and is therefore not appropriate for consideration at the minimal impairment stage. Without the licence-holder's photograph in the data bank, the risk that the identity of the holder can be stolen and used for fraudulent purposes is significantly increased. Although there are over 700,000 Albertans who do not hold driver's licences and whose pictures do not appear in the data bank, the objective of the driver's licence photo requirement is not to eliminate all identity theft in the province, but rather to maintain the integrity of the driver's licensing system so as to minimize identity theft associated with that system. Within that system, any exemptions, including those for

de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale vise à réduire le risque de ce genre de fraude. Le juge siégeant en son cabinet et la Cour d'appel, à la majorité, ont statué que l'atteinte à la liberté de religion n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte.*

Arrêt (les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Deschamps et Rothstein : Le règlement est justifié au sens de l'article premier de la *Charte.* Les règlements sont des mesures prescrites par une règle de droit pour l'application de l'article premier et l'objectif du règlement contesté de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire d'une façon qui réduit au minimum le risque de vol d'identité est manifestement un objectif urgent et réel susceptible de justifier des restrictions aux droits. La photo obligatoire universelle permet au système de garantir que chaque permis correspond à une seule personne et que personne ne détient plus d'un permis. La province avait le droit de prendre un règlement concernant non seulement la question principale de la sécurité routière, mais aussi les problèmes connexes associés au système de délivrance des permis. [39] [42] [45]

Le règlement répond au critère de proportionnalité. Premièrement, la photo obligatoire universelle a un lien rationnel avec l'objectif. La preuve de la province démontre que l'existence d'une exemption de la photo obligatoire accroîtrait grandement la vulnérabilité du système de délivrance des permis et le risque de fraude associée à l'identité. Deuxièmement, la photo obligatoire universelle pour tous les titulaires d'un permis constitue une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2*a*). La mesure contestée est raisonnablement adaptée à la lutte contre le vol d'identité associé au permis de conduire. La preuve ne révèle aucune solution de rechange qui servirait substantiellement l'objectif du gouvernement tout en permettant aux plaignants de ne pas se faire photographier. La solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait grandement l'objectif gouvernemental et il ne convient donc pas d'en tenir compte à l'étape de l'atteinte minimale. Sans la photo du titulaire d'un permis dans la banque de données, le risque que son identité soit volée et utilisée à des fins frauduleuses s'accroît de façon appréciable. Certes, plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de données. Toutefois, la photo obligatoire sur le permis de conduire n'a pas pour objet d'éliminer complètement les vols d'identité dans la province, mais plutôt de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum le vol d'identité associé à ce système. À

religious reasons, pose real risk to the integrity of the licensing system. Lastly, where the validity of a law of general application is at stake, the doctrine of reasonable accommodation is not an appropriate substitute for a proper s. 1 *Oakes* analysis. The government is entitled to justify the law, not by showing that it has accommodated the claimant, but by establishing that the measure is rationally connected to a pressing and substantial goal, minimally impairing of the right and proportionate in its effects. [50] [52] [59-60] [62-63] [71]

Third, the negative impact on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain licences does not outweigh the benefits associated with the universal photo requirement. The most important of these benefits is the enhancement of the security or integrity of the driver's licensing scheme. It is clear that a photo exemption would have a tangible impact on the integrity of the licensing system because it would undermine the one-to-one and one-to-many photo comparisons used to verify identity. The universal photo requirement will also assist in roadside safety and identification and, eventually, harmonize Alberta's licensing scheme with those in other jurisdictions. With respect to the deleterious effects, the seriousness of a particular limit must be judged on a case-by-case basis. While the impugned regulation imposes a cost on those who choose not to have their photographs taken — the cost of not being able to drive on the highway — that cost does not rise to the level of depriving the claimants of a meaningful choice as to their religious practice, or adversely impacting on other *Charter* values. To find alternative transport would impose an additional economic cost on the Colony, and would go against their traditional self-sufficiency, but there is no evidence that this would be prohibitive. It is impossible to conclude that Colony members have been deprived of a meaningful choice to follow or not to follow the edicts of their religion. When the deleterious effects are balanced against the salutary effects of the impugned regulation, the impact of the limit on religious practice associated with the universal photo requirement is proportionate. [4] [79-80] [82] [91] [96-98] [100] [103]

The impugned regulation does not infringe s. 15 of the *Charter*. Assuming it could be shown that the regulation creates a distinction on the enumerated ground

l'intérieur de ce système, l'octroi d'exemptions, fondées notamment sur des motifs religieux, représente véritablement un risque pour l'intégrité du système de délivrance des permis. Enfin, quand la validité d'une mesure législative d'application générale est en jeu, la doctrine de l'accommodement raisonnable ne saurait se substituer à l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes*. Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné. [50] [52] [59-60] [62-63] [71]

Troisièmement, les effets préjudiciables sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photo obligatoire. Le plus important de ces avantages est la sécurité et l'intégrité accrues du système de délivrance des permis de conduire. Il est évident que l'exemption de photo obligatoire aurait un effet tangible sur l'intégrité du système de délivrance des permis parce qu'elle nuirait à la vérification de l'identité des demandeurs de permis au moyen de la comparaison individuelle et collective de leur photo. La photo obligatoire universelle contribuera aussi à la vérification de l'identité et à la sécurité en bordure de la route et permettra l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis de conduire avec les systèmes en vigueur à l'extérieur de la province. Quant aux effets préjudiciables, la gravité d'une restriction particulière s'apprécie au cas par cas. Bien que le règlement contesté impose un coût aux personnes qui choisissent de ne pas se faire photographier — l'impossibilité de conduire sur la voie publique —, ce coût n'est pas suffisamment élevé pour priver les plaignants huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*. Le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle, mais il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif. Il n'est pas possible de conclure que les membres de la colonie ont été privés de la possibilité de faire un véritable choix entre observer ou non les préceptes de leur religion. La pondération des effets bénéfiques du règlement contesté par rapport à ses effets préjudiciables indique que les effets de la restriction à la liberté de religion découlant de l'universalité de la photo obligatoire sont proportionnés. [4] [79-80] [82] [91] [96-98] [100] [103]

Le règlement contesté ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte*. À supposer qu'il puisse être démontré que le règlement établit une distinction fondée sur le motif

of religion, it arises not from any demeaning stereotype but from a neutral and rationally defensible policy choice. There is therefore no discrimination within the meaning of s. 15. [108]

Per Abella J. (dissenting): The government of Alberta did not discharge its burden of demonstrating that the infringement of the Hutterites' freedom of religion is justified under s. 1 of the *Charter*. [176]

The purpose of the mandatory photo requirement and the use of facial recognition technology is to help prevent identity theft. An exemption to the photo requirement for the Hutterites was in place for 29 years without evidence that the integrity of the licensing system was harmed in any way. In addition, more than 700,000 Albertans have no driver's licence and are therefore not in the facial recognition database. The benefit to that system therefore, of adding the photographs of around 250 Hutterites who may wish to drive, is only marginally useful to the prevention of identity theft. While the salutary effects of the mandatory photo requirement are therefore slight and largely hypothetical, the mandatory photo requirement seriously harms the religious rights of the Hutterites and threatens their autonomous ability to maintain their communal way of life. The impugned regulation and the alternatives presented by the government involve the taking of a photograph. This is the very act that offends the religious beliefs of the Wilson Colony members. This makes the mandatory photo requirement a form of indirect coercion that places the Wilson Colony members in the untenable position of having to choose between compliance with their religious beliefs or giving up the self-sufficiency of their community, a community that has historically preserved its religious autonomy through its communal independence. [148] [155-156] [158] [162-164] [170] [174]

The harm to the constitutional rights of the Hutterites, in the absence of an exemption, is dramatic. On the other hand, the benefits to the province of requiring the Hutterites to be photographed are, at best, marginal. This means that the serious harm caused by the infringing measure weighs far more heavily on the s. 1 scales than the benefits the province gains from its imposition on the Hutterites. The province has therefore not discharged its onus of justifying the imposition of a mandatory photo requirement on the members of the Wilson Colony. [114-116]

Per LeBel J. (dissenting): Abella J.'s comments on the nature of the guarantee of freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter* and her opinion that the impugned regulation, which limits freedom of religion,

énuméré de la religion, celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant, mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel. Il n'y a donc pas discrimination au sens de l'art. 15. [108]

La juge Abella (dissidente) : Le gouvernement de l'Alberta ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que l'atteinte à la liberté de religion des huttérites est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. [176]

L'objectif de la photo obligatoire impérative et de l'utilisation de la technologie de reconnaissance faciale est d'aider à prévenir le vol d'identité. Des exemptions de la photo obligatoire ont été accordées aux huttérites pendant 29 ans et aucun effet négatif sur l'intégrité du système de délivrance de permis n'a été établi. Par ailleurs, plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale. Par conséquent, l'avantage découlant de l'ajout dans le système des photos d'environ 250 huttérites qui pourraient désirer conduire ne serait que d'une utilité négligeable dans la prévention du vol d'identité. Alors que la photo obligatoire impérative a des effets bénéfiques modestes et en grande partie hypothétiques, elle porte gravement atteinte aux droits religieux des huttérites et menace leur capacité de maintenir leur mode de vie communautaire. Le règlement contesté et les solutions de rechange proposées par le gouvernement exigent la prise d'une photo. Or, c'est précisément cet acte qui va à l'encontre des croyances religieuses des membres de la colonie Wilson. La photo obligatoire impérative constitue donc une forme de coercition indirecte qui place les membres de la colonie Wilson dans une situation intenable où ils doivent choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté, une communauté qui a toujours préservé son autonomie religieuse grâce à son indépendance communautaire. [148] [155-156] [158] [162-164] [170] [174]

En l'absence d'une exemption, l'atteinte aux droits constitutionnels des huttérites est dramatique. À l'opposé, les avantages pour la province de l'obligation des huttérites de se faire photographier sont, au mieux, minimes. Cela signifie que le grave préjudice causé par la mesure attentatoire pèse beaucoup plus lourd dans la balance pour l'application de l'article premier que les avantages pour la province de son imposition aux huttérites. La province n'a donc pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait de justifier l'imposition de la photo obligatoire impérative aux membres de la colonie Wilson. [114-116]

Le juge LeBel (dissident) : Il y a accord avec les commentaires de la juge Abella sur la nature de la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte* et avec son opinion que le règlement contesté, qui restreint la liberté

has not been properly justified under s. 1 of the *Charter* are both agreed with. The regulatory measures in issue have an impact not only on the Hutterites' belief system, but also on the life of the community. The majority's reasons understate the nature and importance of this aspect of the guarantee of freedom of religion. [178] [182]

Under s. 1, courts have only rarely questioned the purpose of a law or regulation or found that it does not meet the rational connection requirement of the proportionality analysis, but this does not mean that courts will never or should never intervene at these earlier stages. It is generally at the minimal impairment and the balancing of effects stages that the means are questioned and their relationship to the law's purpose is challenged and reviewed. It is also where the purpose itself must be reassessed with regard to the means chosen by Parliament or the legislature. The proportionality analysis thus depends on a close connection between the final two stages of the *Oakes* test. The court's goal is essentially the same at both stages: to strike a proper balance between state action on the one hand, and the preservation of *Charter* rights and the protection of rights or interests that may not be guaranteed by the Constitution but that may nevertheless be of high social value or importance on the other. The proportionality analysis reflects the need to leave some flexibility to government in respect of the choice of means. But the review of those means must also leave the courts with a degree of flexibility in the assessment of the range of alternatives that could realize the goal, and also in determining how far the goal ought to be attained in order to achieve the proper balance between the objective of the state and the rights at stake. The stated objective is not an absolute and should not be treated as a given and alternative solutions should not be evaluated on a standard of maximal consistency with the stated objective. An alternative measure might be legitimate even if the objective could no longer be obtained in its complete integrity. A court must assess the objectives, the impugned means and the alternative means together, as necessary components of a seamless proportionality analysis. [188] [190-191] [195-196] [199]

In this case, the Government of Alberta has failed to demonstrate that the regulation is a proportionate response to the identified societal problem of identity theft. The driver's licence that it denies is not a privilege as it is not granted at the discretion of governments. Such a licence is often of critical importance in daily life and is certainly so in rural Alberta. Other approaches to identity fraud might be devised that would fall within

de religion, n'a pas été convenablement justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. Les mesures réglementaires en cause ont un effet non seulement sur le système de croyances des huttérites, mais aussi sur la vie de leur communauté. Les motifs de la majorité sous-estiment la nature et l'importance de cet aspect de la garantie relative à la liberté de religion. [178] [182]

En appliquant l'article premier, les tribunaux ont rarement remis en cause l'objectif d'une loi ou d'un règlement ou jugé qu'il ne satisfaisait pas au critère du lien rationnel dans l'analyse de la proportionnalité, mais cela ne signifie pas que les tribunaux n'interviendront jamais aux premières étapes ou qu'ils ne devraient pas le faire. C'est généralement aux étapes de l'atteinte minimale et de la pondération des effets que les moyens sont remis en cause et que leur lien avec l'objectif législatif est mis à l'épreuve et examiné. C'est aussi à ces stades que l'objectif en soi doit être réévalué au regard des moyens choisis par le Parlement ou la législature. L'analyse de la proportionnalité repose donc sur un lien étroit entre les deux dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes*. Le but du tribunal est essentiellement le même aux deux étapes : établir un juste équilibre entre, d'une part, l'action étatique et, d'autre part, la préservation des droits garantis par la *Charte* et la protection des droits ou des intérêts qui ne sont peut-être pas protégés par la Constitution, mais qui possèdent toutefois une grande valeur ou importance sociales. L'analyse de la proportionnalité témoigne de la nécessité de laisser une certaine latitude au gouvernement dans le choix des mesures. Cependant, l'examen de ces mesures doit aussi laisser aux tribunaux un degré de flexibilité dans l'évaluation des solutions de rechange susceptibles de permettre la réalisation de l'objectif et la mesure dans laquelle il doit être réalisé pour produire un juste équilibre entre l'objectif de l'État et les droits en cause. L'objectif déclaré n'est pas absolu et ne devrait pas être tenu pour acquis, et les solutions de rechange ne devraient pas être évaluées selon une norme de compatibilité maximale avec l'objectif déclaré. Une solution de rechange peut être légitime, même si elle ne permet plus la réalisation de l'objectif dans son intégralité. Les tribunaux doivent évaluer ensemble les objectifs, les moyens contestés et les solutions de rechange, comme éléments nécessaires d'une analyse homogène de la proportionnalité. [188] [190-191] [195-196] [199]

En l'espèce, le gouvernement de l'Alberta n'a pas réussi à démontrer que le règlement constitue une réponse proportionnée au problème social reconnu que constitue le vol d'identité. Le permis de conduire qu'il refuse de délivrer ne constitue pas un privilège, car il n'est pas accordé à la discrétion des gouvernements. Un tel permis est souvent d'une importance capitale dans la vie quotidienne et c'est assurément le cas dans les zones rurales

a reasonable range of options and that could establish a proper balance between the social and constitutional interests at stake. This balance cannot be obtained by belittling the impact of the measures on the beliefs and religious practices of the Hutterites and by asking them to rely on transportation services to operate their farms and to preserve their way of life. Absolute safety is probably impossible in a democratic society. A limited restriction on the Province's objective of minimizing identity theft would not unduly compromise this aspect of the security of Alberta residents and might lie within the range of reasonable and constitutional alternatives. [200-201]

Per Fish J. (dissenting): For the reasons given by LeBel J., the disposition of the appeal as suggested by Abella J. and LeBel J. is agreed with. [203]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

de l'Alberta. On pourrait concevoir d'autres solutions à la fraude d'identité qui se situeraient dans une gamme de mesures raisonnables et permettraient d'établir un juste équilibre entre les intérêts sociaux et constitutionnels en jeu. Il est impossible d'atteindre cet équilibre en minimisant les répercussions des mesures sur les croyances et pratiques religieuses des huttérites et en leur suggérant de s'en remettre aux services de transport pour exploiter leurs fermes et préserver leur mode de vie. La sécurité absolue reste probablement impossible à atteindre dans une société démocratique. Restreindre de façon limitée l'objectif de la province de réduire au minimum le vol d'identité ne compromettrait pas indûment cet aspect de la sécurité des Albertains et s'inscrirait peut-être dans la gamme des solutions de rechange raisonnables et constitutionnelles. [200-201]

Le juge Fish (dissident) : Il y a accord avec le dispositif proposé par les juges Abella et LeBel, pour les motifs exposés par le juge LeBel. [203]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Canadian Civil Liberties Assn. c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *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; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *Şahin v. Turkey* [GC], No. 44774/98, ECHR 2005-XI; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Bothwell v. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288; *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By LeBel J. (dissenting)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 15, 24(1), 33.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 34.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation, Alta. Reg. 137/2003, s. 3.
Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, ss. 14(1)(b) [am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3(a)], (3) [ad. *idem*, s. 3(b)].
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, c. T-6.

Authors Cited

Aquinas, Thomas. *Treatise on Law*. Washington, D.C.: Regnery Gateway, 1991.
Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *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; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, série A n° 260-A; *Şahin c. Turquie* [GC], requête n° 44774/98, CEDH 2005-XI; *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Bothwell c. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288; *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par le juge LeBel (dissident)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 15, 24(1), 33.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 34.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation, Alta. Reg. 137/2003, art. 3.
Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) [mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3a)], (3) [aj. *idem*, art. 3b)].
Traffic Safety Act, R.S.A. 2000, ch. T-6.

Doctrine citée

Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.
Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Davis, Morris, and Joseph F. Krauter. *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities.* Toronto: Methuen, 1971.

Eissen, Marc-André. "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights.* Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff, 1993, 125.

Emiliou, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study.* London: Kluwer Law International, 1996.

Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2008, release 1).

Hurka, Thomas. "Proportionality in the Morality of War" (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34.

McLachlin, The Right Honourable Beverley M. "Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective", in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy.* Montreal and Kingston: McGill-Queen's University Press, 2004, 12.

Mullan, David J. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 5th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003.

Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality.* New York: Basic Books, 2008.

Taylor, Charles. *Philosophical Arguments.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

Van der Schyff, Gerhard. *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights.* Nijmegen, The Netherlands: Wolf Legal Publishers, 2005.

Webber, Jeremy. "The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion", in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada.* Vancouver: UBC Press, 2006, 178.

Webber, Jeremy. "Understanding the Religion in Freedom of Religion", in Peter Cane, Carolyn Evans and Zoë Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 26.

Weinstock, Daniel M. "Philosophical Reflections on the *Oakes* Test", in Luc B. Tremblay and Grégoire C. N. Webber, eds., *The Limitation of Charter Rights:*

d'Aquin, Thomas. *Somme théologique*, t. 2. Paris : Les Éditions du Cerf, 2003 (en ligne : http://bibliotheque.editionsducerf.fr/par%20page/1410/TM.htm).

Davis, Morris, and Joseph F. Krauter. *The Other Canadians : Profiles of Six Minorities.* Toronto : Methuen, 1971.

Eissen, Marc-André. « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights », in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights.* Dordrecht, The Netherlands : Martinus Nijhoff, 1993, 125.

Emiliou, Nicholas. *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study.* London : Kluwer Law International, 1996.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., vol. 2. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (updated 2008, release 1).

Hurka, Thomas. « Proportionality in the Morality of War » (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34.

McLachlin, The Right Honourable Beverley M. « Freedom of Religion and the Rule of Law : A Canadian Perspective », in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society : Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy.* Montreal and Kingston : McGill-Queen's University Press, 2004, 12.

Mullan, David J. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 5th ed. Toronto : Emond Montgomery, 2003.

Nussbaum, Martha C. *Liberty of Conscience : In Defense of America's Tradition of Religious Equality.* New York : Basic Books, 2008.

Taylor, Charles. *Philosophical Arguments.* Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1995.

Van der Schyff, Gerhard. *Limitation of Rights : A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights.* Nijmegen, The Netherlands : Wolf Legal Publishers, 2005.

Webber, Jeremy. « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality : The Changing Framework of Freedom in Canada.* Vancouver : UBC Press, 2006, 178.

Webber, Jeremy. « Understanding the Religion in Freedom of Religion », in Peter Cane, Carolyn Evans and Zoë Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context.* Cambridge : Cambridge University Press, 2008, 26.

Weinstock, Daniel M. « Philosophical Reflections on the *Oakes* Test », dans Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber, dir., *La limitation des droits de la Charte :*

Critical Essays on R. v. Oakes. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, 115.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Conrad, O'Brien and Slatter JJ.A.), 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 410 W.A.C. 68, 283 D.L.R. (4th) 136, [2007] 9 W.W.R. 459, 156 C.R.R. (2d) 234, 77 Alta. L.R. (4th) 281, 49 M.V.R. (5th) 45, [2007] A.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellAlta 622, affirming a decision of LoVecchio J., 2006 ABQB 338, 398 A.R. 5, 269 D.L.R. (4th) 757, [2006] 8 W.W.R. 190, 141 C.R.R. (2d) 227, 57 Alta. L.R. (4th) 300, 33 M.V.R. (5th) 16, [2006] A.J. No. 523 (QL), 2006 CarswellAlta 576. Appeal allowed, LeBel, Fish and Abella JJ. dissenting.

Roderick S. Wiltshire and *Randy Steele*, for the appellant.

K. Gregory Senda, for the respondents.

Donald J. Rennie and *Sharlene Telles-Langdon*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert E. Charney and *Michael T. Doi*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Leah Greathead and *Tyna Mason*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Mahmud Jamal, *Colin Feasby* and *David Grossman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Kikee Malik and *Brian Smith*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Charles M. Gibson, *Albertos Polizogopoulos*, *Don Hutchinson* and *Faye Sonier*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes. Montréal : Les Éditions Thémis, 2009, 115.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Conrad, O'Brien et Slatter), 2007 ABCA 160, 417 A.R. 68, 410 W.A.C. 68, 283 D.L.R. (4th) 136, [2007] 9 W.W.R. 459, 156 C.R.R. (2d) 234, 77 Alta. L.R. (4th) 281, 49 M.V.R. (5th) 45, [2007] A.J. No. 518 (QL), 2007 CarswellAlta 622, qui a confirmé une décision du juge LoVecchio, 2006 ABQB 338, 398 A.R. 5, 269 D.L.R. (4th) 757, [2006] 8 W.W.R. 190, 141 C.R.R. (2d) 227, 57 Alta. L.R. (4th) 300, 33 M.V.R. (5th) 16, [2006] A.J. No. 523 (QL), 2006 CarswellAlta 576. Pourvoi accueilli, les juges LeBel, Fish et Abella sont dissidents.

Roderick S. Wiltshire et *Randy Steele*, pour l'appelante.

K. Gregory Senda, pour les intimées.

Donald J. Rennie et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert E. Charney et *Michael T. Doi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Leah Greathead et *Tyna Mason*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mahmud Jamal, *Colin Feasby* et *David Grossman*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Kikee Malik et *Brian Smith*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Charles M. Gibson, *Albertos Polizogopoulos*, *Don Hutchinson* et *Faye Sonier*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Deschamps and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] The Province of Alberta requires all persons who drive motor vehicles on highways to hold a driver's licence. Since 1974 each licence has borne a photograph of the licence holder, subject to exemptions for people who objected to having their photos taken on religious grounds. In 2003 the Province made the photo requirement universal in order to reduce the risk of driver's licences being used for identity theft, a growing problem in Alberta and the country. All licence holders are now required to have their photos taken for purposes of placement in the Province's facial recognition data bank.

[2] The Wilson Colony of Hutterian Brethren maintains a rural, communal lifestyle, carrying on a variety of commercial activities. They object on religious grounds to having their photographs taken. After the religious exemption to the photo requirement was revoked in 2003, Colony members began these proceedings against the Alberta government, alleging a breach of their religious freedom. The Province has offered to lessen the impact of the universal photo requirement by issuing special licences without photos, relieving Colony members of the need to carry their photos. However, it insists that their photos be taken for purposes of placement in the central data bank. The members of the Wilson Colony have rejected this proposal.

[3] The case has proceeded on the basis that the universal photo requirement constitutes a limit on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain a driver's licence and thus infringes s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue on this appeal is whether this

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Deschamps et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] La province de l'Alberta oblige toutes les personnes qui conduisent un véhicule automobile sur la voie publique à détenir un permis de conduire. Depuis 1974, chaque permis porte une photo de son titulaire, sous réserve des exemptions accordées aux personnes qui objectent des motifs religieux à leur obligation de se faire photographier. En 2003, la province a universalisé la photo obligatoire afin de réduire le risque que les permis servent à la perpétration de vols d'identité, un problème croissant en Alberta et ailleurs au pays. Tous les titulaires de permis ont maintenant l'obligation de faire prendre leur photo afin qu'elle soit versée dans une banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale.

[2] Les membres de la colonie huttérite Wilson ont un mode de vie rural et communautaire et ils exercent diverses activités commerciales. Ils refusent, pour des motifs religieux, de se laisser photographier. À la suite de l'abolition, en 2003, de l'exemption de photo obligatoire fondée sur des motifs religieux, les membres de la colonie ont engagé la présente poursuite contre le gouvernement albertain pour atteinte à leur liberté de religion. La province a offert d'atténuer l'effet de l'universalité de la photo obligatoire en leur délivrant des permis spéciaux, sans photo, ce qui les dégagerait de l'obligation de porter leur photo sur eux. Cependant, elle insiste pour qu'ils se fassent photographier afin que leur photo soit versée dans la banque de données centrale. Les membres de la colonie Wilson ont rejeté cette proposition.

[3] Il a été tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle porte atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis de conduire et contrevient, de ce fait, à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi porte sur la question de savoir si cette atteinte

limit is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. If not, the regulation is inconsistent with the *Charter* and is null and void pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[4] I conclude that the evidence led by the Province establishes that the universal photo requirement is justified under s. 1 of the *Charter* on the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The goal of setting up a system that minimizes the risk of identity theft associated with driver's licences is a pressing and important public goal. The universal photo requirement is connected to this goal and does not limit freedom of religion more than required to achieve it. Finally, the negative impact on the freedom of religion of Colony members who wish to obtain licences does not outweigh the benefits associated with the universal photo requirement. Accordingly, I would allow the appeal and uphold the regulation as constitutional.

II. Facts

[5] Alberta began issuing driver's licences with photos in 1974. Until 2003, however, religious objectors were granted a non-photo licence called a Condition Code G licence, at the Registrar's discretion.

[6] Driver's licences in Alberta are governed by the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, and regulations made under it. The power of the Registrar to grant exceptions to the photo requirement which existed previously in s. 14(1)(b) of Alberta's *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, was eliminated in May 2003 (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003, s. 3). The new s. 14(1)(b) now requires that the Registrar "must require an image of the applicant's face, for incorporation in the licence, be taken". The amendment also added s. 14(3) which provides for use of the photo thus taken for "facial recognition

constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*. Sinon, le règlement est incompatible avec la *Charte* et inopérant en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[4] Je conclus que la preuve présentée par la province démontre que l'universalité de la photo obligatoire est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, selon le test établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. L'objectif de l'établissement d'un système qui réduise au minimum le risque de vol d'identité associé aux permis de conduire constitue un objectif public urgent et important. La photo obligatoire universelle a un lien avec cet objectif et ne restreint pas la liberté de religion plus qu'il n'est nécessaire pour l'atteindre. Enfin, les effets préjudiciables de cette mesure sur la liberté de religion des membres de la colonie qui désirent obtenir un permis ne l'emportent pas sur les effets bénéfiques de l'universalisation de la photo obligatoire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la constitutionnalité du règlement.

II. Les faits

[5] L'Alberta a commencé à délivrer des permis de conduire avec photo en 1974. Cependant, jusqu'en 2003, les personnes qui soulevaient des objections d'ordre religieux pouvaient obtenir un permis sans photo, c'est-à-dire un « permis assorti de la condition G », à la discrétion du registraire.

[6] Les permis de conduire en Alberta sont régis par la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, et ses règlements d'application. Le pouvoir du registraire d'accorder des exemptions de photo obligatoire, qui lui était conféré par l'al. 14(1)b) du règlement 320/2002 de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, lui a été retiré en mai 2003 (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003, art. 3). Selon le nouvel al. 14(1)b), le registraire [TRADUCTION] « exige qu'une image du visage du demandeur soit prise [. . .] et intégrée au permis ». Le règlement a également été modifié par l'ajout du par. 14(3), qui prévoit l'utilisation de la photo ainsi

software for the purpose of the identification of, or the verification of the identity of, a person who has applied for an operator's licence".

[7] Members of the Wilson Colony, like many other Hutterites, believe that the Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken. This belief is sincerely held.

[8] Although the Colony attempts to be self-sufficient, some members need driver's licences so that they can travel outside the Colony to do business and attend to the needs of members. Under the 2003 regulation, members currently holding Condition Code G licences are required to have their photograph taken upon renewal of their licences, resulting in a violation of their religious beliefs. The Colony claimants led evidence asserting that if members could not obtain driver's licences, the viability of their communal lifestyle would be threatened. Mr. Samuel Wurz, the Colony's Secretary-Treasurer, deposed that each Colony member has a specific set of responsibilities assigned to him or her, some of which require the member to drive. If a Colony member cannot carry out these responsibilities, it "causes our religious commune to function improperly, thereby eroding the fabric of our social, cultural and religious way of life". In his view, the Province is effectively "attempting to force the Hutterian Brethren to make a choice between two of our religious beliefs", a choice they feel they should not have to make.

[9] The Province, for its part, led evidence that the adoption of the universal photo requirement in 2003 was connected to a new system aimed at minimizing identity theft associated with driver's licences. The evidence showed that identity theft is a serious and growing problem in Alberta and elsewhere, and that drivers' licences, the most commonly used and accepted form of identification, could be and were being used for identity theft.

prise dans [TRADUCTION] « le logiciel de reconnaissance faciale à des fins d'identification ou de vérification de l'identité de la personne qui a demandé un permis de conduire ».

[7] Les membres de la colonie Wilson, comme de nombreux autres huttérites, croient que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement. Il s'agit d'une croyance sincère.

[8] Bien que la colonie vise l'autosuffisance, certains de ses membres ont besoin d'un permis de conduire pour se déplacer à l'extérieur de la colonie à des fins commerciales et pour répondre aux besoins des membres de la colonie. Le règlement de 2003 oblige les membres de la colonie qui détiennent actuellement un permis assorti de la condition G à se faire photographier lors du renouvellement de leur permis, ce qui va à l'encontre de leurs croyances religieuses. Les plaignants de la colonie ont présenté une preuve démontrant que l'impossibilité pour les membres de la colonie d'obtenir un permis de conduire menacerait la viabilité de leur mode de vie communautaire. M. Samuel Wurz, secrétaire-trésorier de la colonie, a déclaré que chaque membre de la colonie doit s'acquitter d'un ensemble précis de responsabilités, dont certaines impliquent la conduite d'un véhicule. Si un membre de la colonie ne peut s'acquitter de ses responsabilités, cela [TRADUCTION] « nuit au bon fonctionnement de notre communauté religieuse, ce qui entraîne l'effritement des bases mêmes de notre mode de vie sur les plans social, culturel et religieux ». Selon lui, en réalité, la province [TRADUCTION] « tente d'obliger les huttérites à choisir entre deux de nos croyances religieuses », un choix qu'ils ne devraient pas avoir à faire, selon eux.

[9] Pour sa part, la province a présenté une preuve démontrant que l'universalisation de la photo obligatoire, en 2003, était reliée à l'instauration d'un nouveau système visant à réduire au minimum le vol d'identité associé au permis de conduire. La preuve a démontré que le vol d'identité constitue un problème grave et croissant, en Alberta comme ailleurs, et que le permis de conduire, qui représente la pièce d'identité la plus couramment acceptée et utilisée,

The new facial recognition data bank was aimed at reducing the risk of this type of fraud.

[10] Under the new system a digital photograph of every licensed driver is placed in a facial recognition data bank. This data bank is connected to facial recognition software which analyses the digital photographs of people who apply for licences. The software performs two kinds of comparison: one-to-one and one-to-many. The one-to-one comparison allows the government to be sure that the person trying to renew or replace a licence is the same person represented by the existing photo in the data bank. The one-to-many comparison allows it to be satisfied that a person applying for a new licence does not already hold another licence in another person's name.

[11] A comprehensive photo requirement, whereby all valid licences are associated with a photo in the data bank, is essential to ensuring the efficacy of these mechanisms. To the extent that licences exist without holder photos in the central photo bank, others can appropriate the identity of the licence holder without detection by the facial recognition software. The Province also led evidence that this system was adopted with a view to harmonization with international and interprovincial standards for photo identification.

[12] The Province has proposed measures to accommodate the Hutterian claimants' objection to the universal driver's licence photo requirement. The first is that the licence display a photo, but that the licence be carried in a sealed envelope or folder marked with the indication that it is the property of the Province, and that a digital photo be placed in the Province's facial recognition bank. The second is simply that a digital photo be placed in the bank, with no photo accompanying the driver's licence. The aim of these proposals is to minimize the impact of the universal photo requirement on religious beliefs by removing the need for

peut servir et sert effectivement à la perpétration de vols d'identité. La nouvelle banque de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale vise à réduire le risque de ce genre de fraude.

[10] Le nouveau système comporte une banque de données dans laquelle est versée une photo numérique de chaque titulaire d'un permis de conduire. Cette banque de données est reliée à un logiciel de reconnaissance faciale qui analyse les photos numériques des demandeurs de permis. Le logiciel effectue deux sortes de comparaison : individuelle et collective. La comparaison individuelle permet au gouvernement de s'assurer que la personne qui veut renouveler ou remplacer son permis est la même que celle représentée sur la photo déjà versée dans la banque de données. La comparaison collective lui permet de s'assurer que la personne qui demande un nouveau permis ne détient pas déjà un permis sous un autre nom.

[11] Pour assurer l'efficacité de ces mécanismes, il est essentiel que la photo obligatoire, permettant d'associer chaque permis valide à une photo de la banque de données, constitue une condition d'application générale. Si des personnes détiennent un permis, sans que leur photo figure dans la banque de photos centrale, il est possible que quelqu'un usurpe leur identité et que le logiciel de reconnaissance faciale ne le détecte pas. La province a aussi présenté une preuve indiquant que le nouveau système avait été établi à des fins d'harmonisation avec les normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification.

[12] La province a proposé des mesures d'accommodement pour répondre à l'objection des plaignants huttérites contre la photo obligatoire universelle pour l'obtention d'un permis de conduire. La première voudrait que la photo figure sur le permis, mais que celui-ci soit placé dans une enveloppe ou un étui scellé portant une mention indiquant qu'il appartient à la province, et qu'une photo numérique soit versée dans la banque de données provinciale reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. La seconde consisterait simplement à verser une photo numérique dans la banque de données, sans qu'aucune photo n'accompagne le permis de

Colony members to have any direct contact with the photos.

[13] The Colony claimants reject both alternatives on the ground that they require a member to have a photo taken. It proposes that no photo be taken, and that non-photo driver's licences be issued to them, marked "Not to be used for identification purposes".

III. History of Proceedings

A. *Alberta Court of Queen's Bench (LoVecchio J.)*, 2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300

[14] The chambers judge proceeded on the basis that the universal photo requirement limited Colony members' right to freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter*. He went on to find that this limit was not shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[15] The chambers judge defined the government's objective as being "to prevent identity theft or fraud and the various forms of mischief which identity theft may facilitate, and . . . the harmonization of international and interprovincial standards for photo identification" (para. 10), associated with the issuance of motor vehicle driver's licences. He concluded that the objective of preventing identity theft associated with driver's licences, while limited, was "pressing and substantial" (para. 14).

[16] The chambers judge found that "the implementation of mandatory photographic licences, together with facial recognition software, is rationally connected to the objective of safeguarding the system of issuing operator's licences from fraud and for that mat[t]er the larger objective of limiting identity theft" (para. 16). He went on to find, however, that the requirement of minimal impairment

conduire. Ces propositions visent à réduire au minimum l'incidence de la photo obligatoire universelle sur les croyances religieuses en évitant aux membres de la colonie d'avoir un contact direct avec les photos.

[13] Les plaignants de la colonie rejettent ces deux solutions de rechange parce qu'elles comportent l'obligation de se faire photographier. Ils proposent qu'aucune photo ne soit prise et qu'on leur délivre des permis de conduire sans photo, portant la mention [TRADUCTION] « Non valide comme pièce d'identité ».

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge LoVecchio)*, 2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300

[14] Le juge siégeant en son cabinet a tenu pour avéré que la photo obligatoire universelle restreint le droit des membres de la colonie à la liberté de religion que leur garantit l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il a ensuite conclu qu'il n'avait pas été démontré que cette limite était justifiée au sens de l'article premier.

[15] Le juge en cabinet a constaté que le gouvernement avait pour objectif [TRADUCTION] « d'empêcher le vol d'identité et la fraude, ainsi que les divers méfaits que le vol d'identité peut faciliter, et [. . .] l'harmonisation des normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification » (par. 10), dans le cadre de la délivrance des permis de conduire. Il a conclu que, même s'il était limité, l'objectif d'empêcher le vol d'identité associé au permis de conduire était « urgent et réel » (par. 14).

[16] Le juge en cabinet a conclu que [TRADUCTION] « la mise en place de permis avec photo obligatoire, et d'un logiciel de reconnaissance faciale, a un lien rationnel avec l'objectif de protéger le système de délivrance des permis de conduire contre la fraude et, d'ailleurs, avec l'objectif plus général de limiter le vol d'identité » (par. 16). Cependant, il a également conclu que l'exigence de l'atteinte minimale

was not met, in that the government had not accommodated the "distinctive character of the burdened group . . . to the point of undue hardship" (para. 18), citing *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. The accommodations offered by the Province would still require members to have their photos taken and offend the right. On the other hand, the Colony claimants' proposal that the driver's licence be marked "Not to be used for identification purposes" would satisfy the Colony members' concerns and also meet the government's objectives, since an individual seeking to impersonate the holder would be "significantly limited in the extent to which he or she could use the licence" (para. 28).

[17] Although it was unnecessary, in view of his finding on minimal impairment, the chambers judge went on to consider proportionality of effects. He observed that while the requirement of photos combined with facial recognition software "may safeguard the system of issuing licences against fraud, and thereby constitute a useful tool against identity theft in general", this did not "safeguard the identity of the thousands of other individuals to whom operators' licences are never issued because they do not qualify to drive" (para. 31). He concluded: "In this regard, the effects of the measure appear somewhat limited when weighed against the acknowledged incursion upon the religious beliefs of the members of the applicant Colony" (para. 32).

[18] The chambers judge concluded that the regulation is inconsistent with the *Charter* "to the extent that it renders a digital photograph mandatory for individuals who claim a valid religious objection" (para. 39). Accordingly, he held that the amendment removing the regulation's discretionary religions exemption was of no force and effect.

n'avait pas été remplie, étant donné que le gouvernement n'avait pas pris de mesures d'accommodement pour tenir compte du « caractère distinct du groupe auquel incombe le fardeau [. . .] jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive » (par. 18), citant *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. Les mesures d'accommodement proposées par la province obligeraient quand même les membres de la colonie à se faire photographier, ce qui porte atteinte à leur droit. En revanche, la proposition des plaignants de la colonie que le permis de conduire porte la mention « Non valide comme pièce d'identité » répondrait aux préoccupations des membres de la colonie tout en atteignant les objectifs du gouvernement, étant donné que la personne qui voudrait usurper l'identité de son titulaire ne pourrait [TRADUCTION] « utiliser le permis que de façon très limitée » (par. 28).

[17] Même si ce n'était pas nécessaire, compte tenu de sa conclusion sur l'atteinte minimale, le juge en cabinet a ensuite examiné le critère de la proportionnalité. Il a constaté que, même si la photo obligatoire conjuguée au logiciel de reconnaissance faciale [TRADUCTION] « peut protéger le système de délivrance des permis contre la fraude et, de ce fait, constituer un instrument utile contre le vol d'identité en général », cette mesure « ne protège pas l'identité de milliers d'autres personnes auxquelles un permis de conduire ne sera jamais délivré parce qu'elles ne remplissent pas les conditions requises » (par. 31). Il a conclu : « Ainsi, les effets de cette mesure semblent quelque peu limités au regard de l'atteinte tenue pour avérée qu'elle porterait aux croyances religieuses des membres de la colonie » (par. 32).

[18] Le juge en cabinet a conclu que le règlement est incompatible avec la *Charte* [TRADUCTION] « dans la mesure où il rend obligatoire la photo numérique dans le cas d'une personne qui soulève une objection valable fondée sur des convictions religieuses » (par. 39). Par conséquent, il a statué que la modification abolissant les exemptions discrétionnaires fondées sur des motifs d'ordre religieux était inopérante.

B. *Alberta Court of Appeal*, 2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281

[19] The majority, *per* Conrad J.A. (O'Brien J.A. concurring), dismissed the appeal.

[20] Conrad J.A. characterized the purpose of the photo requirement narrowly as preventing licence duplication in order to permit the ready identification of licensed drivers at the roadside and minimize the number of disqualified people operating motor vehicles. Reasoning that the regulation, enacted under the *Traffic Safety Act*, was confined to enhancing traffic safety, she held that the goals of preventing identity theft, fraud and threats to public safety, could not be considered under s. 1. If the Province wished to assert these goals, in her view it should have enacted a law going specifically to these risks. She also noted the absence of legislative debate on the issue, suggesting that this rendered the regulation suspect.

[21] Conrad J.A. expressed doubt about whether the photo requirement was rationally connected to the objective of identification associated with traffic safety. Since over 700,000 unlicensed Albertans are not in the facial recognition data bank, granting a few hundred Hutterites an exemption from the photo requirement would not have a significant impact on the number of identities available for unlawful appropriation.

[22] However, Conrad J.A. went on to dispose of the case on the ground that the universal photo requirement did not minimally impair the right, because it did not reasonably accommodate Colony members' s. 2(*a*) religious freedom. She noted that the claimants had enjoyed an exemption from the requirement for close to 30 years, with no evidence of resultant harm. The result, according to Conrad J.A., was that "the impugned regulation offers only a very slight protection against the risk that

B. *Cour d'appel de l'Alberta*, 2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281

[19] La Cour d'appel a rejeté l'appel à la majorité, sous la plume de la juge Conrad (avec l'accord du juge O'Brien).

[20] La juge Conrad a retenu une définition étroite de l'objectif de la photo obligatoire, en affirmant qu'il consistait à empêcher la duplication des permis de façon à permettre la vérification rapide de l'identité des conducteurs titulaires d'un permis en bordure de la route et à réduire au minimum le nombre de personnes qui conduisent un véhicule automobile sans remplir les conditions requises. Étant d'avis que l'objet du règlement pris en application de la *Traffic Safety Act* se limitait à améliorer la sécurité routière, elle a jugé que l'objectif d'empêcher le vol d'identité, la fraude et les risques pour la sécurité du public ne pouvait être pris en compte dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier. Selon elle, si la province désirait atteindre ces objectifs, elle aurait dû adopter une loi visant expressément ces risques. Elle a également constaté l'absence de débat législatif à ce sujet et laissé entendre que cela rendait le règlement suspect.

[21] La juge Conrad a exprimé des doutes quant à savoir si la photo obligatoire avait un lien rationnel avec l'objectif de vérification de l'identité relié à la sécurité routière. Étant donné que plus de 700 000 Albertains sans permis ne figurent pas dans la banque de données reliée au logiciel de reconnaissance faciale, le fait d'exempter quelques centaines d'huttérites de la photo obligatoire n'aurait pas d'incidence importante sur le nombre de personnes dont l'identité pourrait être usurpée illégalement.

[22] Toutefois, la juge Conrad a poursuivi son analyse et elle a finalement fondé sa décision sur sa conclusion que la photo obligatoire universelle ne constituait pas une atteinte minimale au droit des membres de la colonie, car elle ne comportait pas de mesure d'accommodement raisonnable pour protéger leur liberté de religion garantie par l'al. 2*a*). Elle a constaté que les plaignants avaient bénéficié d'une exemption pendant près de 30 ans, et qu'aucun effet négatif en découlant n'avait été

a licence will be issued to an individual in a name other than his or her own, while completely infringing the respondents' rights" (para. 46). Conrad J.A. added that the effects of the regulation were disproportionate, in that "the mandatory photo requirement forces the Hutterian Brethren to either breach a sincerely held religious belief against being photographed or to cease driving", which would also have severe practical consequences for individuals in the community (para. 54).

[23] Slatter J.A., dissenting, defined one of the goals of the universal photo requirement as maximizing the reliability and integrity of driver's licences as a widely used and respected method of personal identification. He found that the limit on freedom of religion imposed by the photo requirement, while it might not eliminate all identity theft, was rationally connected to the objective of "[m]aking forgery or unauthorized driving more difficult" (para. 99).

[24] On minimal impairment, Slatter J.A. proceeded on the basis that the government must show that it has accommodated the right to the point of undue hardship. The accommodations offered by the Province, while they would still limit the Colony members' religion freedom, would go some way to fulfilling the requirements of the Second Commandment, since members would not have to look at their photos. He held that the accommodation proposed by the Colony claimants — driver's licences marked "Not to be used for identification purposes" — was no accommodation at all, but simply "an assertion that nothing which infringes the second commandment can ever be justified" (para. 121). In addition, it would prevent police officers from using non-photo licences for the basic function of driver identification. Slatter J.A. found that the Colony claimants' proposal would reduce the efficacy of the system with respect to identity theft. After alluding to harmonization with other systems, Slatter J.A. concluded that "[t]o require

établi en preuve. Selon la juge Conrad, il s'ensuit que [TRADUCTION] « le règlement contesté n'offre qu'une protection minime contre le risque qu'un permis soit délivré à quelqu'un sous un autre nom que le sien, alors qu'il viole totalement les droits des intimées » (par. 46). La juge Conrad a ajouté que les effets du règlement étaient disproportionnés, étant donné que [TRADUCTION] « la condition impérative de la photo obligatoire oblige le frère huttérite soit à agir à l'encontre d'une croyance religieuse sincère qui lui interdit de se laisser photographier, soit à cesser de conduire », ce qui aurait également de graves conséquences pratiques pour les membres de la communauté (par. 54).

[23] Selon le juge Slatter, dissident, l'universalisation de la photo obligatoire visait notamment à augmenter au maximum la fiabilité et l'intégrité du permis de conduire comme pièce d'identité couramment reconnue et utilisée. Il a jugé que la restriction à la liberté de religion résultant de la photo obligatoire, bien qu'elle ne permette pas d'éliminer tous les vols d'identité, avait un lien rationnel avec l'objectif de [TRADUCTION] « [r]endre plus difficiles la falsification du permis et la conduite non autorisée d'un véhicule automobile » (par. 99).

[24] En ce qui concerne l'atteinte minimale, le juge Slatter est parti du principe que le gouvernement doit démontrer qu'il a pris toutes les mesures d'accommodement possibles sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Les mesures proposées par la province, bien qu'elles restreignent toujours la liberté de religion des membres de la colonie, leur permettraient de respecter le deuxième commandement dans une certaine mesure, puisqu'elles ne les obligent pas à regarder leur photo. Il a jugé que la proposition des plaignants de la colonie — des permis de conduire portant la mention « Non valide comme pièce d'identité » — n'avait rien d'une mesure d'accommodement, et qu'il s'agissait en fait d'une [TRADUCTION] « déclaration selon laquelle absolument aucune transgression du deuxième commandement ne pourrait être justifiée » (par. 121). De plus, elle empêcherait les policiers d'utiliser les permis sans photo pour la fonction élémentaire qui consiste à vérifier l'identité des conducteurs. Le juge Slatter a conclu que la proposition des plaignants de

the [Province] to accommodate any further would require it to significantly compromise a central feature of the security of the licencing system, and would amount to undue hardship" (para. 124).

[25] Slatter J.A. concluded that the salutary effects of having the photos of all licence holders in the data bank — regulating traffic safety and ensuring the integrity and reliability of the driver's licence system to the benefit of Albertans — outweighed the deleterious effects on Colony members' freedom of religion. He observed that the Colony members object only to having their photos taken *voluntarily*, and suggested that the element of state compulsion implied by the photo requirement would "considerably diminish any disobedience to their religious tenets" (para. 126). For those reasons, he took the view that "[i]n a free and democratic society minor infringements of this kind on religious doctrine can be tolerated" (para. 126).

[26] Slatter J.A. accordingly concluded that the appeal should be allowed.

IV. Issues

[27] A. Freedom of religion

1. The nature of the limit on the s. 2(*a*) right;

2. Is the limit on the s. 2(*a*) right justified under s. 1 of the *Charter*?

   (a) Is the limit prescribed by law?

   (b) Is the purpose for which the limit is imposed pressing and substantial?

la colonie diminuerait l'efficacité du système en ce qui a trait au vol d'identité. Après avoir fait allusion à l'harmonisation avec les autres systèmes, le juge Slatter a conclu que [TRADUCTION] « [l]e fait d'exiger que [la province] prenne une mesure d'accommodement plus poussée la forcerait à transiger grandement sur un élément fondamental de la sécurité du système de délivrance des permis et constituerait une contrainte excessive » (par. 124).

[25] Le juge Slatter a conclu que les effets bénéfiques d'une banque de données contenant une photo de tous les titulaires de permis — réglementer la sécurité routière et assurer l'intégrité et la fiabilité du système de délivrance des permis de conduire dans l'intérêt des Albertains — l'emportaient sur ses effets préjudiciables à la liberté de religion des membres de la colonie. Il a souligné que les membres de la colonie s'opposent uniquement au fait de se faire photographier *volontairement*, et il a laissé entendre que l'élément de contrainte exercée par l'État que comporte la photo obligatoire [TRADUCTION] « amoindrirait considérablement toute désobéissance à leurs préceptes religieux » (par. 126). Pour ces motifs, il a estimé que « [d]ans le cadre d'une société libre et démocratique, de telles atteintes mineures aux préceptes religieux peuvent être tolérées » (par. 126).

[26] En conséquence, le juge Slatter a conclu que l'appel devait être accueilli.

IV. Les questions en litige

[27] A. La liberté de religion

1. La nature de la restriction au droit garanti par l'al. 2*a*);

2. La restriction au droit garanti par l'al. 2*a*) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

   a) La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?

   b) L'objectif que vise la restriction est-il urgent et réel?

(c) Is the means by which the goal is furthered proportionate?

(i) Is the limit rationally connected to the purpose?

(ii) Does the limit minimally impair the right?

(iii) Is the law proportionate in its effect?

(d) Conclusion on justification

B. The claim under s. 15

V. Analysis

A. *Freedom of Religion*

(1) The Nature of the Limit on the Section 2(*a*) Right

[28] Section 2(*a*) of the *Charter* states that "[e]veryone has . . . freedom of conscience and religion".

[29] The members of the Colony believe that permitting their photo to be taken violates the Second Commandment: "You shall not make for yourself an idol, or any likeness of what is in heaven above or on the earth beneath or in the water under the earth" (Exodus 20:4). They believe that photographs are "likenesses" within the meaning of the Second Commandment, and want nothing to do with their creation or use. The impact of having a photo taken might involve censure, such as being required to stand during religious services.

[30] Given these beliefs, the effect of the universal photo requirement is to place Colony members who wish to obtain driver's licences either in the position of violating their religious commitments, or of foregoing driver's licences. Without the ability of some members of the Colony to obtain driver's licences, Colony members argue that they will not be able to drive to local centres to do business and obtain the goods and services necessary

c) Le moyen choisi pour atteindre l'objectif est-il proportionné?

(i) La restriction a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif?

(ii) La restriction porte-t-elle le moins possible atteinte au droit?

(iii) La mesure législative est-elle proportionnée dans ses effets?

d) Conclusion sur la justification

B. La demande fondée sur l'art. 15

V. Analyse

A. *La liberté de religion*

(1) La nature de la restriction au droit garanti par l'al. 2*a*)

[28] L'alinéa 2*a*) de la *Charte* déclare que « [c]hacun a [la] liberté de conscience et de religion ».

[29] Les membres de la colonie croient qu'ils désobéiraient au deuxième commandement s'ils se laissaient photographier : « Tu ne te feras point d'image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en haut dans les cieux, qui sont en bas sur la terre, et qui sont dans les eaux plus bas que la terre » (Exode 20:4). Ils croient que les photos sont des « représentations » au sens où l'entend le deuxième commandement et ne veulent participer en rien à leur création ou à leur utilisation. Le fait de se laisser photographier pourrait se traduire par une sanction, comme l'obligation de se tenir debout pendant les services religieux.

[30] Vu ces croyances, la photo obligatoire universelle a pour effet de placer les membres de la colonie qui désirent obtenir un permis de conduire devant un dilemme : agir à l'encontre de leurs engagements religieux ou renoncer au permis. Sans la possibilité que des membres de la colonie obtiennent un permis de conduire, les plaignants soutiennent qu'ils ne pourront pas se rendre en auto jusqu'aux centres locaux à des fins commerciales et pour se

to the Colony. The regulation, they argue, forces members to choose between obeying the Second Commandment and adhering to their rural communal lifestyle, thereby limiting their religious freedom and violating s. 2(*a*) of the *Charter*.

[31] My colleague Abella J. notes at para. 130 that "freedom of religion has 'both individual and collective aspects'". She asserts that "[b]oth . . . are engaged in this case." While I agree that religious freedom has both individual and collective aspects, I think it is important to be clear about the relevance of those aspects at different stages of the analysis in this case. The broader impact of the photo requirement on the Wilson Colony community is relevant at the proportionality stage of the s. 1 analysis, specifically in weighing the deleterious and salutary effects of the impugned regulation. The extent to which the impugned law undermines the proper functioning of the community properly informs that comparison. Community impact does not, however, transform the essential claim — that of the individual claimants for photo-free licences — into an assertion of a group right.

[32] An infringement of s. 2(*a*) of the *Charter* will be made out where: (1) the claimant sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) the impugned measure interferes with the claimant's ability to act in accordance with his or her religious beliefs in a manner that is more than trivial or insubstantial: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, and *Multani*. "Trivial or insubstantial" interference is interference that does not threaten actual religious beliefs or conduct. As explained in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759, *per* Dickson C.J.:

The purpose of s. 2(*a*) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern

procurer les biens et services nécessaires à la colonie. Selon eux, le règlement limite leur liberté de religion et contrevient à l'al. 2*a*) de la *Charte*, parce qu'il oblige les membres de la colonie à choisir entre obéir au deuxième commandement et rester fidèles à leur style de vie communautaire rural.

[31] Ma collègue, la juge Abella, souligne au par. 130 que « la liberté de religion comporte "des aspects à la fois individuels et collectifs" ». Elle affirme qu'« [e]n l'espèce, tant les aspects individuels que les aspects collectifs [. . .] sont en jeu. » Bien que je sois d'accord sur le fait que la liberté de religion comporte à la fois des aspects individuels et des aspects collectifs, il est important, selon moi, de bien expliquer la pertinence de ces aspects aux différentes étapes de l'analyse dans le présent dossier. L'incidence plus large de la photo obligatoire sur la colonie Wilson est pertinente à l'étape de la proportionnalité de l'analyse requise par l'article premier, plus particulièrement dans la pondération des effets préjudiciables et des effets bénéfiques du règlement contesté. Cette comparaison tient à juste titre compte de la mesure dans laquelle la mesure législative contestée nuit au bon fonctionnement de la communauté. L'incidence de la mesure sur la communauté ne transforme toutefois pas la demande fondamentale — la demande individuelle des plaignants en vue d'obtenir un permis sans photo — en revendication d'un droit collectif.

[32] Il est établi qu'une mesure contrevient à l'al. 2*a*) de la *Charte* lorsque : (1) le plaignant entretient une croyance ou se livre à une pratique sincères ayant un lien avec la religion; et que (2) la mesure contestée nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité du plaignant de se conformer à ses croyances religieuses : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, et *Multani*. Une atteinte « négligeable ou insignifiante » est une atteinte qui ne menace pas véritablement une croyance ou un comportement religieux. Voici ce que dit à cet égard le juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759 :

L'alinéa 2*a*) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui

one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(*a*) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* Wilson J. at p. 314. [Emphasis added.]

[33] The Province concedes the first element of this s. 2(*a*) test, sincere belief in a belief or practice that has a nexus with religion. The chambers judge described the concession in the following terms:

> The Attorney General does not dispute that the Applicants hold sincere religious beliefs that conflict with the requirement that those who obtain or renew an Alberta operator's licence must permit a digital photograph to be taken and that those beliefs are honestly held. [para. 6]

[34] The record does not disclose a concession on the second element of the test — whether the universal photo requirement interferes with Colony members' religious freedom in a manner that is more than trivial or insubstantial. In order for such a determination to be made, it would need to be shown that the claimants' "religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened" by the universal photo requirement: see *Edwards Books*, at p. 759. Evidence of a state-imposed cost or burden would not suffice; there would need to be evidence that such a burden was "capable of interfering with religious belief or practice": *Edwards Books*, at p. 759. In the present case, however, the courts below seem to have proceeded on the assumption that this requirement was met. Given this assumption, I will proceed to consider whether the limit is a reasonable one, demonstrably justified in a free and democratic society.

régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2*a*), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant : voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314. [Je souligne.]

[33] La province concède que le règlement répond au premier critère du test relatif à l'al. 2*a*), soit celui de la croyance ou de la pratique sincères ayant un lien avec la religion. Le juge en cabinet fait état de cette concession dans les termes suivants :

> [TRADUCTION] Le procureur général ne conteste pas que les requérants entretiennent des croyances religieuses sincères incompatibles avec la condition obligeant les personnes qui obtiennent ou renouvellent un permis de conduire en Alberta à consentir à la prise d'une photo numérique, et que ces croyances sont honnêtes. [par. 6]

[34] Par contre, le dossier ne révèle aucune concession en ce qui concerne le deuxième critère du test — la condition porte-t-elle atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie d'une façon qui est plus que négligeable et insignifiante? Pareille atteinte ne sera établie que si la preuve démontre que les « croyances ou un comportement d'ordre religieux » du plaignant « pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés » par la photo obligatoire universelle : voir *Edwards Books*, p. 759. La preuve d'un coût ou fardeau imposé par l'État ne suffirait pas; il faut démontrer que ce fardeau est « susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse » : *Edwards Books*, p. 759. En l'espèce, toutefois, les juridictions inférieures semblent avoir tenu pour avéré que cette condition était remplie. Vu ce postulat, j'examinerai maintenant la question de savoir si la restriction en cause constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique.

(2) Is the Limit on the Section 2(*a*) Right Justified Under Section 1 of the *Charter*?

[35] This Court has recognized that a measure of leeway must be accorded to governments in determining whether limits on rights in public programs that regulate social and commercial interactions are justified under s. 1 of the *Charter*. Often, a particular problem or area of activity can reasonably be remedied or regulated in a variety of ways. The schemes are typically complex, and reflect a multitude of overlapping and conflicting interests and legislative concerns. They may involve the expenditure of government funds, or complex goals like reducing antisocial behaviour. The primary responsibility for making the difficult choices involved in public governance falls on the elected legislature and those it appoints to carry out its policies. Some of these choices may trench on constitutional rights.

[36] Freedom of religion presents a particular challenge in this respect because of the broad scope of the *Charter* guarantee. Much of the regulation of a modern state could be claimed by various individuals to have a more than trivial impact on a sincerely held religious belief. Giving effect to each of their religious claims could seriously undermine the universality of many regulatory programs, including the attempt to reduce abuse of driver's licences at issue here, to the overall detriment of the community.

[37] If the choice the legislature has made is challenged as unconstitutional, it falls to the courts to determine whether the choice falls within a range of reasonable alternatives. Section 1 of the *Charter* does not demand that the limit on the right be perfectly calibrated, judged in hindsight, but only that it be "reasonable" and "demonstrably justified". Where a complex regulatory response to a social problem is challenged, courts will generally take a more deferential posture throughout the s. 1 analysis than they will when the impugned

(2) La restriction au droit garanti par l'al. 2*a*) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

[35] La Cour a reconnu qu'une certaine latitude doit être accordée aux gouvernements lorsqu'il s'agit de déterminer si les restrictions aux droits qui découlent de programmes publics réglementant les interactions sociales et commerciales sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Il existe souvent plusieurs solutions pour remédier raisonnablement à un problème ou réglementer un secteur d'activité. Les formules retenues sont généralement complexes et reflètent une multitude de considérations législatives et d'intérêts concurrentiels et contradictoires. Elles peuvent impliquer la dépense de fonds publics ou viser des objectifs complexes, comme la réduction de conduites antisociales. C'est à la législature élue et à ceux qu'elle désigne pour appliquer ses politiques qu'il incombe au premier chef de faire les choix difficiles liés à la gouvernance de l'État. Certains de ces choix peuvent empiéter sur les droits constitutionnels.

[36] À cet égard, la portée étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* représente un véritable défi. La plupart des règlements d'un État moderne pourraient être contestés par différentes personnes selon lesquelles ils auraient un effet plus que négligeable sur une croyance religieuse sincère. Donner suite à chacune de ces revendications religieuses pourrait nuire gravement à l'universalité de nombreux programmes réglementaires — dont celui en cause en l'espèce, qui vise à réduire l'utilisation des permis de conduire à mauvais escient — au détriment de l'ensemble de la population.

[37] Si la constitutionnalité de la mesure choisie par la législature est contestée, les tribunaux doivent déterminer si cette mesure se situe à l'intérieur de la gamme des mesures raisonnables qui s'offraient à elle. L'article premier de la *Charte* n'exige pas que la restriction au droit soit, en rétrospective, parfaitement équilibrée, mais seulement qu'elle soit « raisonnable » et que sa « justification puisse se démontrer ». Lorsqu'ils examinent une mesure réglementaire complexe visant à remédier à un problème social, comme c'est le cas en l'espèce, les

measure is a penal statute directly threatening the liberty of the accused. Courts recognize that the issue of identity theft is a social problem that has grown exponentially in terms of cost to the community since photo licences were introduced in Alberta in 1974, as reflected in the government's attempt to tighten the scheme when it discontinued the religious exemption in 2003. The bar of constitutionality must not be set so high that responsible, creative solutions to difficult problems would be threatened. A degree of deference is therefore appropriate: *Edwards Books*, at pp. 781-82, *per* Dickson C.J., and *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 43, *per* McLachlin C.J.

tribunaux font généralement preuve d'une plus grande retenue à toutes les étapes de l'analyse requise par l'article premier que lorsqu'ils apprécient la validité d'une loi pénale qui menace directement la liberté de l'accusé. Les tribunaux reconnaissent que la question du vol d'identité représente un problème social dont les coûts pour la communauté ont augmenté exponentiellement depuis que les permis avec photo ont été introduits en Alberta en 1974, comme en témoigne la tentative du gouvernement de rendre le système plus rigoureux par l'abolition, en 2003, de l'exemption fondée sur des motifs religieux. La norme de contrôle de la constitutionnalité ne doit pas être rigoureuse au point de faire obstacle à l'application de solutions responsables et créatives à des problèmes complexes. Une certaine déférence s'impose donc : *Edwards Books*, p. 781-782, le juge en chef Dickson, et *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 43, la juge en chef McLachlin.

[38] With this in mind, I turn to the question of whether the limit on freedom of religion raised in this case has been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[38] Cela dit, j'aborde maintenant la question de savoir si, en l'espèce, il a été démontré que la restriction à la liberté de religion est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

(a) *Is the Limit Prescribed by Law?*

a) *La restriction est-elle prescrite par une règle de droit?*

[39] Section 1 requires that before a proportionality analysis is undertaken, the court must satisfy itself that the measure is "prescribed by law". If a limit on a *Charter* right is not "prescribed by law" it cannot be justified under s. 1. Rather, it is a government act, attracting a remedy under s. 24 of the *Charter*. Regulations are measures "prescribed by law" under s. 1 of the *Charter*: see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 981; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645.

[39] L'article premier exige que le tribunal soit convaincu, avant d'entamer l'analyse de la proportionnalité, que la mesure en cause est prescrite par une « règle de droit ». Si la restriction à un droit garanti par la *Charte* n'est pas prescrite par une « règle de droit », elle ne peut être justifiée au sens de l'article premier. Il s'agira alors plutôt d'une mesure gouvernementale donnant lieu à la réparation prévue à l'art. 24 de la *Charte*. Les règlements sont des mesures prescrites pas une « règle de droit » pour l'application de l'article premier de la *Charte* : voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 981; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, p. 645.

[40] The majority of the Court of Appeal expressed concern that the challenged measure was adopted by regulation and therefore without

[40] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont trouvé préoccupant que la mesure contestée ait été prise par voie de règlement et, par conséquent,

any legislative debate, pursuant to an Act with very different objectives. The respondents take this position much further and advance a general proposition that *Charter*-infringing measures may only be adopted by primary legislation. Concern about overextension of regulatory authority is understandable. Governments should not be free to use a broad delegated authority to transform a limited-purpose licensing scheme into a *de facto* universal identification system beyond the reach of legislative oversight. However, that is not what has happened here. A photo requirement has been an accepted part of the motor vehicle licensing scheme for decades. It is not a stand-alone identification divorced from the public-safety purpose of the authorizing legislation. Moreover, hostility to the regulation-making process is out of step with this Court's jurisprudence and with the realities of the modern regulatory state: see *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 71; D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text and Materials* (5th ed. 2003), at p. 948. Regulations, passed by Order in Council and applied in accordance with the principles of administrative law and subject to challenge for constitutionality, are the life blood of the administrative state and do not imperil the rule of law. Whether the impugned measure was passed into law by statute or regulation is usually of no consequence for the s. 1 analysis.

(b) *Is the Purpose for Which the Limit Is Imposed Pressing and Substantial?*

[41] The chambers judge defined the government's objective in imposing a universal photo requirement as being "to prevent identity theft or fraud and the various forms of mischief which identity theft may facilitate, and . . . the harmonization of international and interprovincial standards for photo identification" (para. 10). This objective is part of the larger goal of ensuring the integrity

sans débat législatif, en application d'une loi qui vise des objectifs très différents. Les intimées vont beaucoup plus loin et défendent la thèse générale voulant que les mesures qui enfreignent la *Charte* doivent obligatoirement être édictées dans une loi. On peut comprendre ces préoccupations quant à la portée excessive du pouvoir de réglementation. Les gouvernements ne devraient pas être libres d'utiliser leur pouvoir délégué pour transformer *de facto* un système de délivrance des permis établi à des fins limitées en un système universel d'identification qui échapperait au contrôle de la législature. Ce n'est toutefois pas ce qui s'est produit en l'espèce. La photo obligatoire est considérée comme une partie intégrante du système de délivrance des permis de conduire depuis des dizaines d'années. Il ne s'agit pas d'une pièce d'identité qui n'aurait aucun lien avec l'objectif de sécurité publique visé par la loi habilitante. De plus, pareille réticence envers le processus réglementaire est en discordance avec la jurisprudence de la Cour et les réalités de l'exercice du pouvoir réglementaire d'un État moderne : voir *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 71; D. J. Mullan, *Administrative Law : Cases, Text and Materials* (5e éd. 2003), p. 948. Les règlements, qui sont pris par décret et appliqués conformément aux principes du droit administratif, et dont la constitutionnalité peut être contestée, constituent l'élément vital de l'État administratif et ne compromettent aucunement le principe de la primauté du droit. Il n'importe généralement pas dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier que la mesure contestée ait été édictée dans une loi ou dans un règlement.

b) *L'objectif que vise la restriction est-il urgent et réel?*

[41] Le juge en cabinet a indiqué que l'objectif que le gouvernement visait en universalisant la photo obligatoire était [TRADUCTION] « d'empêcher le vol d'identité et la fraude, ainsi que les divers méfaits que le vol d'identité peut faciliter, et [. . .] l'harmonisation des normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification » (par. 10). Cet objectif s'inscrit dans l'objectif général qui

of the system for licensing drivers. As Slatter J.A. explained:

> Driver's licences are an important part of the overall regulation of traffic safety. They have become a near universal form of identification. The integrity and reliability of the driver's licence system benefits all Albertans who require, on a routine basis, proof of their identity. The presence of photographs is an important part of the integrity of the system. There unfortunately are significantly large groups of people who seek to exploit the identities of others for financial or other purposes. The overall cost of the activities of this group are very large, and the [Province] (and all Albertans) have an obligation to do whatever they can to minimize the opportunities for identity theft. Photographs on driver's licences will not eliminate all misuse, and the value of the savings that will result are hard to measure. They are likely however to be significant. [para. 127]

[42] Maintaining the integrity of the driver's licensing system in a way that minimizes the risk of identity theft is clearly a goal of pressing and substantial importance, capable of justifying limits on rights. The purpose of a universal photo requirement is to have a complete digital data bank of facial photos to prevent wrongdoers from using driver's licences as breeder documents for purposes of identity theft. As discussed above (para. 10), the requirement permits the system to ensure that each licence in the system is connected to a single individual, and that no individual has more than one licence.

[43] The chambers judge found that the universal photo requirement was also aimed at harmonization of international and interprovincial standards for photo identification. The evidence supports the Province's contention that other provinces and nations are moving toward harmonization, and that a feature of this harmonization is likely to be a universal photo requirement for all licence holders. While the fact that other provinces have not yet moved to this requirement arguably undercuts the position that a universal photo requirement is necessary in Alberta now, governments are entitled to act in the present with a view to future developments.

consiste à assurer l'intégrité du système de délivrance de permis de conduire. Comme l'a expliqué le juge Slatter :

> [TRADUCTION] Le permis de conduire constitue un élément important de l'ensemble de la réglementation en matière de sécurité routière. Il est devenu une pièce d'identité quasi universelle. L'intégrité et la fiabilité du système de délivrance des permis de conduire servent les intérêts de tous les Albertains qui doivent régulièrement prouver leur identité. Les photos jouent un rôle important dans l'intégrité du système. Malheureusement, un nombre passablement important d'individus tentent d'exploiter l'identité d'autres personnes à des fins financières ou autres. Le coût global des activités de ces individus est très élevé et la [province] (et tous les Albertains) sont tenus de faire tout ce qu'ils peuvent pour réduire au minimum les risques de vol d'identité. L'exigence d'une photo sur le permis n'éliminera pas toutes les utilisations abusives possibles et il est difficile d'évaluer les économies qui seront réalisées, mais elles seront vraisemblablement importantes. [par. 127]

[42] Préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire d'une façon qui réduit au minimum le risque de vol d'identité est manifestement un objectif urgent et réel susceptible de justifier des restrictions aux droits. La photo obligatoire universelle vise à permettre la constitution d'une banque de photos numériques complète afin d'empêcher les malfaiteurs d'utiliser les permis de conduire comme documents sources pour le vol d'identité. Comme je l'ai déjà mentionné (par. 10), grâce à la photo obligatoire, le système garantit que chaque permis correspond à une seule personne et que personne ne détient plus d'un permis.

[43] Le juge en cabinet a conclu que l'universalisation de la photo obligatoire visait également à harmoniser les normes internationales et interprovinciales en matière de photo-identification. La preuve étaye l'argument de la province selon lequel les autres provinces et nations tendent vers une harmonisation de leurs systèmes et que la photo obligatoire universelle pour tous les titulaires de permis constituera vraisemblablement l'un des éléments de cette harmonisation. Certains pourraient invoquer le fait que d'autres provinces n'ont pas encore universalisé la photo obligatoire pour nier la nécessité de cette mesure en Alberta maintenant, mais

Accordingly, harmonization may be considered as a factor relevant to the Province's goal of ensuring the integrity of the licensing system by reducing identity theft associated with the system.

[44] The majority of the Court of Appeal suggested that the goal of the universal photo requirement should be confined to purposes related to traffic safety, since that was the subject of the authorizing Act. However, government regulations may deal both with the primary goal of an enabling law and with collateral concerns resulting from measures adopted to achieve this goal. As Slatter J.A. put it, "[i]t is the height of formality to suggest that the prevention of the misuse of a driver's licence is not one of the purposes of the *Traffic Safety Act*. Provisions that attempt to prevent the misuse or abuse of an enactment are well within the objectives of the enactment" (para. 90).

[45] In this case, the government's primary goal is traffic safety, as denoted by the title of the Act. To further this goal, the Act puts in place a system of licensing drivers. A collateral effect of the licensing system is that the driver's licences issued under this system have become generalized identification documents, with the attendant risk that they might be misused for identity theft and the various mischiefs that flow from identity theft. The Province was entitled to pass regulations dealing not only with the primary matter of highway safety, but with collateral problems associated with the licensing system. It was therefore entitled to adopt a regulation requiring photos of all drivers to be held in a digital photo bank, thereby minimizing the risk of identity theft to the extent possible.

[46] Finally, as explained above, the fact that the specific objectives of the impugned regulation were not debated or ratified by the legislature does not render them invalid for the purposes of s. 1. If a regulation is validly enacted pursuant to delegated

les gouvernements sont autorisés à agir immédiatement en prévision de l'avenir. Par conséquent, l'harmonisation peut être considérée comme un facteur pertinent quant à l'objectif de la province d'assurer l'intégrité du système de délivrance des permis en réduisant le vol d'identité associé à ce système.

[44] Selon la majorité de la Cour d'appel, l'universalité de la photo obligatoire ne peut viser d'autre fin que celles liées à la sécurité routière, puisque tel est l'objet de la loi habilitante. Toutefois, les règlements gouvernementaux peuvent se rapporter à la fois à l'objectif premier de la loi habilitante et aux considérations accessoires qui découlent des mesures adoptées pour atteindre cet objectif. Comme l'a dit le juge Slatter, [TRADUCTION] « [c']est le summum de la formalité que d'affirmer qu'empêcher l'utilisation d'un permis de conduire à mauvais escient ne fait pas partie des objectifs de la *Traffic Safety Act*. Les dispositions qui visent à empêcher l'utilisation abusive ou à mauvais escient d'un texte législatif entrent parfaitement dans les objectifs du texte législatif » (par. 90).

[45] En l'espèce, le principal objectif du gouvernement est la sécurité routière, comme l'indique le titre de la loi. Pour réaliser cet objectif, la loi instaure un système de délivrance des permis de conduire. Ce système a mené indirectement à l'utilisation généralisée des permis comme pièces d'identité, d'où le risque qu'ils soient utilisés à mauvais escient pour la perpétration de vols d'identité et de différents types de méfaits qui en découlent. La province avait le droit de prendre un règlement concernant non seulement la question principale de la sécurité routière, mais aussi les problèmes connexes associés au système de délivrance des permis. Elle pouvait donc prendre un règlement exigeant qu'une photo numérique de tous les titulaires de permis de conduire soit conservée dans une banque de données, réduisant ainsi au minimum le risque de vol d'identité, dans la mesure où cela est possible.

[46] Enfin, comme je l'ai déjà expliqué, le fait que les objectifs précis du règlement contesté n'aient pas été débattus ou ratifiés par la législature ne porte pas atteinte à leur validité au regard de l'article premier. Si un règlement est valablement pris en vertu

legislative authority, its objective can properly be evaluated under the test established in *Oakes*.

[47] I conclude that the Province has established that the goal of ensuring the integrity of the driver's licensing system so as to minimize identity theft associated with that system is pressing and substantial. Having established that the limit on the right is a measure "prescribed by law" and that the asserted purpose of the limit is pressing and substantial, the remaining issue is whether the limit is proportionate, in the sense that it is rationally connected to the goal, limits the right as little as reasonably necessary, and is proportionate in its effects.

(c) *Is the Means by Which the Goal Is Furthered Proportionate?*

(i) Is the Limit Rationally Connected to the Purpose?

[48] At this stage, the Province must show that the universal photo requirement is rationally connected to the goal of preserving the integrity of the driver's licensing system by minimizing the risk of identity theft through the illicit use of driver's licences. To establish a rational connection, the government "must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153. The rational connection requirement is aimed at preventing limits being imposed on rights arbitrarily. The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so.

[49] The government argues that a universal system of photo identification for drivers will be more effective in preventing identity theft than a system that grants exemptions to people who object to photos being taken on religious grounds. The affidavit evidence filed by the government supports this view.

d'un pouvoir de législation déléguée, son objectif peut à juste titre être évalué selon le test énoncé dans *Oakes*.

[47] Je conclus que la province a prouvé que l'objectif d'assurer l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum les vols d'identité associés à ce système est urgent et réel. Après avoir établi que la restriction au droit est une mesure prescrite par une « règle de droit » et que son objectif déclaré est urgent et réel, il reste à déterminer si cette restriction est proportionnée, en ce sens qu'elle a un lien rationnel avec l'objectif, qu'elle porte aussi peu atteinte au droit qu'il est raisonnablement nécessaire de le faire et qu'elle est proportionnée quant à ses effets.

c) *Le moyen choisi pour atteindre l'objectif est-il proportionné?*

(i) La restriction a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif?

[48] À ce stade, la province doit démontrer que l'universalisation de la photo obligatoire a un lien rationnel avec l'objectif de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire en réduisant au minimum le risque de vol d'identité associé à l'utilisation illicite des permis. Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le gouvernement doit « établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché » : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153. L'exigence du lien rationnel vise à empêcher l'imposition arbitraire de restrictions aux droits. Le gouvernement doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement.

[49] Le gouvernement soutient que le système universel de photo-identification des conducteurs sera plus efficace pour empêcher le vol d'identité qu'un système assorti d'exemptions pour les personnes qui objectent des motifs religieux à leur obligation de se faire photographier. L'affidavit que le gouvernement a déposé en preuve appuie ce point de vue.

[50] Alberta's evidence demonstrates the ways in which the existence of an exemption from the photo requirement would increase the vulnerability of the licensing system and the risk of identity-related fraud. As Mr. Joseph Mark Pendleton, Director of the Special Investigations Unit of the Alberta Ministry of Government Services, put it in his affidavit supporting Alberta's position, "[o]pportunities for fraud are as numerous as criminals are clever and resourceful". The existence of non-photo licences in the system raises the possibility that a person could hold multiple licences in different names, as long as no more than one of them was a regular photographic licence. As stated by Alberta, "each licensee whose photo is not entered in our database creates an opportunity for impersonation by wrongdoers, because that person's licence can be renewed or replaced by a wrongdoer without being detected by [facial recognition]". A non-photo licence can be obtained and used to obtain credit or enter into other commercial relationships to the detriment of the other parties to the transactions. Without the photographs of all licence holders in the photo identification bank, the assurance of a one-to-one correspondence between individuals and issued licences is lost, and the possibility of driver's licence-based fraud would be increased.

[50] La preuve produite par l'Alberta démontre comment l'existence d'une exemption accroîtrait la vulnérabilité du système et le risque de fraude associée à l'identité. Comme le dit M. Joseph Mark Pendleton, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales du ministère des Services gouvernementaux de l'Alberta, dans son affidavit à l'appui de la thèse de la province, les [TRADUCTION] « occasions de fraude sont aussi nombreuses que les criminels sont habiles et ingénieux ». L'existence de permis sans photo dans le système rend possible la détention par une seule personne de plusieurs permis sous des noms différents, dans la mesure où un seul permis comporte une photo. Comme l'a déclaré la province, [TRADUCTION] « chaque titulaire de permis dont la photo n'est pas versée dans notre banque de données rend l'usurpation d'identité possible, parce qu'un malfaiteur peut renouveler ou remplacer le permis sans que le logiciel [de reconnaissance faciale] le détecte ». Il est possible de se procurer un permis sans photo et de l'utiliser pour obtenir du crédit ou établir toute relation commerciale au détriment des autres parties aux opérations. Si la banque de données servant à la photo-identification ne contient pas la photo de tous les titulaires de permis, il n'est plus possible de s'assurer que chaque permis correspond à une seule personne, et vice-versa, d'où l'accroissement du risque de fraude perpétrée à l'aide des permis de conduire.

[51] The majority of the Alberta Court of Appeal, while deciding the case on the basis of minimum impairment, expressed doubt on whether the universal photo requirement for all holders of driver's licences is rationally connected to the goal of preserving the integrity and security of the driver's licensing system. Conrad J.A. pointed out that many Albertans do not hold driver's licences and concluded that the risk flowing from exempting a few hundred Hutterites from the requirement was "minimal". These concerns confuse rational connection with proportionality of negative and positive effects of the measure. The issue at the stage of rational connection is simply whether there is a rational link between the infringing measure and the government goal. The balance between positive and negative effects of the measure

[51] Même s'ils ont tranché l'affaire en fonction de l'atteinte minimale, les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont exprimé des doutes quant à l'existence d'un lien rationnel entre l'universalité de la photo obligatoire pour tous les titulaires de permis et l'objectif de préserver l'intégrité et la sécurité du système. La juge Conrad a souligné que de nombreux Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et conclu que le risque découlant de l'octroi d'une exemption à quelques centaines d'huttérites était « minime ». Ces préoccupations confondent le lien rationnel et la proportionnalité des effets négatifs et positifs de la mesure. À l'étape du lien rationnel, la question est simplement de savoir s'il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif gouvernemental. L'équilibre entre les effets positifs et négatifs de la mesure n'est examiné

falls to be considered at the final stage of the s. 1 analysis.

[52] I conclude that the Province has established that the universal photo requirement is rationally related to its goal of protecting the integrity of the driver's licensing system and preventing it from being used for purposes of identity theft.

(ii) Does the Limit Minimally Impair the Right?

[53] The question at this stage of the s. 1 proportionality analysis is whether the limit on the right is reasonably tailored to the pressing and substantial goal put forward to justify the limit. Another way of putting this question is to ask whether there are less harmful means of achieving the legislative goal. In making this assessment, the courts accord the legislature a measure of deference, particularly on complex social issues where the legislature may be better positioned than the courts to choose among a range of alternatives.

[54] In *RJR-MacDonald*, the minimal impairment analysis was explained as follows, at para. 160:

> As the second step in the proportionality analysis, the government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Emphasis added; citations omitted.]

In this manner, the legislative goal, which has been found to be pressing and substantial, grounds the minimum impairment analysis. As Aharon Barak,

qu'à la dernière étape de l'analyse requise par l'article premier.

[52] Je conclus que la province a établi que la photo obligatoire universelle a un lien rationnel avec son objectif de protéger l'intégrité du système des délivrance de permis et d'empêcher qu'il soit utilisé pour la perpétration de vols d'identité.

(ii) La restriction porte-elle le moins possible atteinte au droit?

[53] La question qui se pose à ce stade de l'analyse de la proportionnalité requise par l'article premier est celle de savoir si la restriction au droit est raisonnablement bien adaptée à l'objectif urgent et réel invoqué pour la justifier. Autrement dit, existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif législatif? Dans cette évaluation, les tribunaux font preuve d'une certaine déférence à l'égard de la législature, surtout en ce qui concerne les questions sociales complexes où la législature est peut-être mieux placée que les tribunaux pour choisir parmi une gamme de mesures.

[54] Dans *RJR-MacDonald*, l'analyse de l'atteinte minimale a été expliquée de la façon suivante au par. 160 :

> À la deuxième étape de l'analyse de la proportionnalité, le gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Je souligne; citations omises.]

L'objectif législatif, dont le caractère urgent et réel a été établi, sert donc de fondement à l'analyse de l'atteinte minimale. Comme le dit Aharon

former President of the Supreme Court of Israel, puts it, "the rational connection test and the least harmful measure [minimum impairment] test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it": "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 374. President Barak describes this as the "internal limitation" in the minimum impairment test, which "prevents it [standing alone] from granting proper protection to human rights" (p. 373). The internal limitation arises from the fact that the minimum impairment test requires only that the government choose the least drastic means *of achieving its objective*. Less drastic means which do not actually achieve the government's objective are not considered at this stage.

[55] I hasten to add that in considering whether the government's objective could be achieved by other less drastic means, the court need not be satisfied that the alternative would satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure. In other words, the court should not accept an unrealistically exacting or precise formulation of the government's objective which would effectively immunize the law from scrutiny at the minimal impairment stage. The requirement for an "equally effective" alternative measure in the passage from *RJR-MacDonald*, quoted above, should not be taken to an impractical extreme. It includes alternative measures that give sufficient protection, in all the circumstances, to the government's goal: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350. While the government is entitled to deference in formulating its objective, that deference is not blind or absolute. The test at the minimum impairment stage is whether there is an alternative, less drastic means of achieving the objective in a real and substantial manner. As I will explain, in my view the record in this case discloses no such alternative.

[56] The purpose of the limit in this case, I earlier concluded, is to maintain the integrity of the

Barak, ancien président de la Cour suprême d'Israël, [TRADUCTION] « le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire [atteinte minimale] sont essentiellement considérés dans le contexte de l'objectif approprié et reposent sur la nécessité de l'atteindre » : « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 374. Le président Barak y voit une « limite interne » du critère de l'atteinte minimale qui « l'empêche [en soi] de protéger adéquatement les droits de la personne » (p. 373). La limite interne découle du fait que le critère de l'atteinte minimale exige seulement que le gouvernement choisisse le moyen le moins attentatoire *d'atteindre son objectif*. Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade.

[55] Je m'empresse de préciser que, pour déterminer s'il existe des moyens moins radicaux d'atteindre l'objectif gouvernemental, le tribunal n'a pas à être convaincu que la solution de rechange permettrait d'atteindre l'objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée. En d'autres mots, le tribunal ne doit pas accepter une formulation de l'objectif gouvernemental d'une rigueur ou d'une précision irréalistes qui soustrairait en fait la mesure législative à tout examen à l'étape de l'atteinte minimale. L'obligation de choisir une mesure « tout aussi efficace » mentionnée dans le passage précité de *RJR-MacDonald* ne doit pas être poussée à l'extrême jusqu'à devenir irréalisable. Ce type de mesure inclut les solutions de rechange qui protègent suffisamment l'objectif du gouvernement, compte tenu de toutes les circonstances : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350. Bien que le gouvernement ait droit à une certaine déférence à l'égard de la formulation de son objectif, cette déférence n'est ni aveugle ni absolue. Le critère de l'atteinte minimale consiste à se demander s'il existe un autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle. Comme je l'explique plus loin, j'estime que le dossier en l'espèce ne présente aucune solution de rechange de cette nature.

[56] La restriction en l'espèce a pour objectif, comme je l'ai déjà conclu, de préserver l'intégrité

driver's licensing system by minimizing the risk of driver's licences being used for purposes of identity theft, so as to prevent fraud and various other misuses of the system. The regulation is part of a complex regulatory scheme and is aimed at an emerging and challenging problem. The question, therefore, is whether the means chosen to further its purpose — the universal photo requirement for all licensed drivers — is reasonably tailored to address the problem of identity theft associated with driver's licences.

du système de délivrance des permis de conduire en réduisant au minimum le risque qu'ils soient utilisés pour la perpétration de vols d'identité, ce qui devrait prévenir la fraude et toute autre utilisation du système à mauvais escient. Le règlement fait partie d'un régime législatif complexe et il est conçu pour s'attaquer à un problème croissant et difficile à résoudre. La question est donc de savoir si le moyen choisi pour la réalisation de cet objectif — la photo obligatoire universelle pour les titulaires de permis de conduire — est raisonnablement adapté à la lutte contre le vol d'identité associé au permis de conduire.

[57] The Province proposes alternatives which maintain the universal photo requirement, but minimize its impact on Colony members by eliminating or alleviating the need for them to carry photos. This would permit the Province to achieve its goal of a maximally efficient photo recognition system to combat fraud associated with driver's licences, while reducing the impact on the members' s. 2(*a*) rights.

[57] La province propose d'autres solutions qui, si elles incluent toujours la photo obligatoire universelle, en réduisent l'incidence sur les membres de la colonie en éliminant ou en atténuant leur obligation d'être munis d'une photo. Ces solutions permettraient à la province à la fois d'atteindre son objectif, c'est-à-dire d'assurer l'efficacité maximale du système de reconnaissance photographique de lutte contre la fraude associée au permis de conduire, et de réduire les répercussions de ce système sur les droits garantis aux membres de la colonie par l'al. 2*a*).

[58] However, the Hutterian claimants reject these proposals. For them, the only acceptable measure is one that entirely removes the limit on their s. 2(*a*) rights. They object to any photo being taken and held in a photo data bank. For them, the only alternative is a driver's licence issued without a photo, stamped with the words, "Not to be used for identification purposes".

[58] Cependant, les plaignants huttérites rejettent ces propositions. À leurs yeux, seule une mesure de rechange qui éliminerait entièrement la restriction apportée à leurs droits garantis par l'al. 2*a*) serait acceptable. Ils n'acceptent pas de se laisser photographier et que leur photo soit conservée dans une banque de données. Selon eux, la seule solution réside dans la délivrance d'un permis de conduire sans photo sur lequel serait apposée la mention « Non valide comme pièce d'identité ».

[59] The problem with the claimants' proposal in the context of the minimum impairment inquiry is that it compromises the Province's goal of minimizing the risk of misuse of driver's licences for identity theft. The stamp "Not to be used for identification purposes" might prevent a person who comes into physical possession of such a licence from using it as a breeder document, but it would not prevent a person from assuming the identity of the licence holder and producing a fake document,

[59] La proposition des plaignants pose problème dans le contexte de l'analyse de l'atteinte minimale parce qu'elle compromet l'objectif de la province de réduire au minimum le risque que les permis soient utilisés à mauvais escient pour la perpétration de vols d'identité. La mention « Non valide comme pièce d'identité » peut empêcher toute personne qui se retrouve en possession d'un permis de l'utiliser comme document source, mais n'empêcherait pas quelqu'un de présumer de l'identité du titulaire du

which could not be checked in the absence of a photo in the data bank. As Slatter J.A. pointed out, without the photo in the bank, the bank is neutralized and the risk that the identity of the holder can be stolen and used for fraudulent purposes is increased. The only way to reduce that risk as much as possible is through a universal photo requirement. The claimants' argument that the reduction in risk would be low, since few people are likely to request exemption from the photo requirement, assumes that some increase in risk and impairment of the government goal may occur, and hence does not assist at the stage of minimal impairment.

[60] The claimants' proposal, instead of asking what is minimally required to realize the legislative goal, asks the government to significantly compromise it. An exemption for an unspecified number of religious objectors would mean that the one-to-one correspondence between issued licences and photos in the data bank would be lost. As shown by the Province, this disparity could well be exploited by wrongdoers. Contrary to the suggestion of LeBel J. (para. 201), the evidence discloses no alternative measures which would substantially satisfy the government's objective while allowing the claimants to avoid being photographed. In short, the alternative proposed by the claimants would *significantly* compromise the government's objective and is therefore not appropriate for consideration at the minimal impairment stage.

[61] This is not to suggest the Colony members are acting improperly. Freedom of religion cases may often present this "all or nothing" dilemma. Compromising religious beliefs is something adherents may understandably be unwilling to do. And governments may find it difficult to tailor laws to the myriad ways in which they may trench on different people's religious beliefs and practices. The result may be that the justification of a limit on the right falls to be decided not at the point of minimal impairment, which proceeds on the assumption the state goal is valid, but at the stage of proportionality

permis et de fabriquer un faux document qu'il serait impossible de vérifier sans photo dans la banque de données. Comme l'a souligné le juge Slatter, sans la photo, la banque est neutralisée, d'où l'accroissement du risque que l'identité du titulaire soit volée et utilisée à des fins frauduleuses. Le seul moyen de réduire le plus possible ce risque est la photo obligatoire universelle. L'argument des plaignants, selon lequel la diminution du risque serait minime parce que peu de gens sont susceptibles de demander à être exemptés de cette condition, tient pour acquise la possibilité que le risque augmente et que l'objectif du gouvernement soit compromis, de sorte qu'il n'est d'aucune utilité à l'étape de l'atteinte minimale.

[60] Par leur proposition, les plaignants ne se demandent pas ce qui est minimalement requis pour atteindre l'objectif législatif, mais demandent plutôt au gouvernement de transiger grandement sur cet objectif. Une exemption applicable à un nombre indéterminé d'opposants invoquant des motifs religieux signifierait qu'il ne serait plus possible d'apparier chaque permis avec une photo de la banque de données. Comme l'a démontré la province, les malfaiteurs pourraient fort bien profiter de cette disparité. Contrairement à ce que laisse entendre le juge LeBel (par. 201), la preuve ne révèle aucune solution de rechange qui servirait substantiellement l'objectif du gouvernement tout en permettant aux plaignants de ne pas se faire photographier. Bref, la solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait *grandement* l'objectif gouvernemental. Il ne convient donc pas d'en tenir compte à l'étape de l'atteinte minimale.

[61] Il ne faudrait pas en déduire que les membres de la colonie n'agissent pas correctement. En matière de liberté de religion, les litiges peuvent souvent comporter ce type de dilemme auquel il n'existe pas de solution intermédiaire. Il est naturel que les fidèles ne soient pas prêts à transiger sur leurs croyances religieuses. Par ailleurs, il peut être difficile pour les gouvernements d'adapter une mesure législative en fonction des innombrables façons dont elle peut porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses de chacun. Il est donc possible que la question de la justification d'une restriction au droit soit tranchée

of effects, which is concerned about balancing the benefits of the measure against its negative effects.

[62] I conclude that the universal photo requirement minimally impairs the s. 2(*a*) right. It falls within a range of reasonable options available to address the goal of preserving the integrity of the driver's licensing system. All other options would significantly increase the risk of identity theft using driver's licences. The measure seeks to realize the legislative goal in a minimally intrusive way.

[63] Much has been made of the fact that over 700,000 Albertans do not hold driver's licences. The argument is that the risk posed by a few hundred potential religious objectors is minuscule as compared to the much larger group of unlicensed persons. This argument is accepted by the dissent. In my view, it rests on an overly broad view of the objective of the driver's licence photo requirement as being to eliminate all identity theft in the province. Casting the government objective in these broad terms, my colleague Abella J. argues that the risk posed by a few religious dissenters is minimal, when compared to the general risk posed by unlicensed persons. But with respect, that is the wrong comparison. We must take the government's goal as it is. It is not the broad goal of eliminating all identity theft, but the more modest goal of maintaining the integrity of the driver's licensing system so as to minimize identity theft *associated with that system*. The question is whether, within that system, any exemptions, including for religious reasons, pose real risk to the integrity of the licensing system.

non pas à l'étape de l'atteinte minimale, qui part du principe que l'objectif de l'État est valide, mais à celle de la proportionnalité des effets, qui consiste à pondérer les effets bénéfiques de la mesure et ses effets négatifs.

[62] Je conclus que l'universalisation de la photo obligatoire constitue une atteinte minimale au droit garanti par l'al. 2*a*). Elle se situe à l'intérieur de la gamme des mesures raisonnables susceptibles de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire. Toutes les autres solutions accroîtraient grandement le risque de vol d'identité associé aux permis de conduire. La mesure contestée vise la réalisation de l'objectif législatif par le moyen le moins attentatoire possible.

[63] On a fait grand cas du fait que 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire. On a plaidé que le risque causé par quelques centaines de personnes objectant des motifs religieux est minuscule en comparaison du nombre bien supérieur de personnes qui ne sont pas titulaires d'un permis. La dissidence retient cet argument. Or, selon moi, il repose sur une perception beaucoup trop large de l'objectif de la photo obligatoire pour l'obtention d'un permis de conduire, selon laquelle cette mesure a pour objet d'éliminer complètement les vols d'identité dans la province. Énonçant l'objectif du gouvernement en ces termes qui lui confèrent une grande portée, ma collègue la juge Abella affirme que quelques dissidents invoquant des motifs religieux créent un risque minime par rapport à celui que représentent les personnes sans permis. J'estime, avec égard, que cette comparaison ne tient pas. Nous devons considérer l'objectif du gouvernement tel qu'il est. Il ne s'agit pas de l'objectif très vaste d'éliminer complètement le vol d'identité, mais de l'objectif plus modeste de préserver l'intégrité du système de délivrance des permis de conduire de façon à réduire au minimum le vol d'identité *associé à ce système*. La question à laquelle il faut répondre est de savoir si, à l'intérieur de ce système, l'octroi d'exemptions, fondées notamment sur des motifs d'ordre religieux, représente véritablement un risque pour l'intégrité du système de délivrance des permis.

[64] The implication of Justice Abella's reasoning is that because the province tolerates the identity theft risk posed by unlicensed Albertans, it must therefore tolerate the risk associated with non-photographed licensees. On this logic, the province would be required to take the more radical approach of requiring photographic identification for every Albertan, which would directly contravene the respondents' religious beliefs, before it could rely upon a security risk argument in the context of the narrower driver's licensing program. In my opinion, the province has a legitimate interest in ensuring the integrity of its driver's licensing system and guarding against the risk that it will be used to perpetrate fraud. In order to accomplish this goal, it should not be forced to undertake broader measures that it might have resisted for other policy reasons.

[65] The courts below approached minimum impairment in a different fashion. First, they conducted the balancing inquiry at the stage of minimal impairment. Second, drawing on this Court's decision in *Multani*, the courts below applied a reasonable accommodation analysis instead of the *Oakes* test.

[66] In my view, a distinction must be maintained between the reasonable accommodation analysis undertaken when applying human rights laws, and the s. 1 justification analysis that applies to a claim that a law infringes the *Charter*. Where the validity of a law is at stake, the appropriate approach is a s. 1 *Oakes* analysis. Under this analysis, the issue at the stage of minimum impairment is whether the goal of the measure could be accomplished in a less infringing manner. The balancing of effects takes place at the third and final stage of the proportionality test. If the government establishes justification under the *Oakes* test, the law is constitutional. If not, the law is null and void under s. 52 insofar as it is inconsistent with the *Charter*.

[64] Le raisonnement de ma collègue la juge Abella sous-entend que, parce qu'elle tolère déjà le risque créé par les Albertains qui ne détiennent pas un permis, la province devrait tolérer le risque associé aux titulaires de permis sans photo. Selon cette logique, la province devrait emprunter une voie plus radicale et exiger que chaque Albertain soit photographié à des fins d'identification — ce qui porterait directement atteinte aux croyances religieuses des intimées — avant de pouvoir invoquer un risque pour la sécurité dans le contexte plus restreint de la délivrance des permis de conduire. Selon moi, il est légitime pour la province de chercher à préserver l'intégrité de son système de délivrance des permis de conduire et à se prémunir contre le risque qu'il soit utilisé à des fins frauduleuses. Elle ne devrait pas être contrainte, pour réaliser cet objectif, de prendre des mesures plus étendues qu'elle peut avoir exclues pour d'autres considérations de principe.

[65] Les juridictions inférieures ont abordé différemment la question de l'atteinte minimale. Premièrement, elles ont procédé à la pondération des effets à l'étape de l'atteinte minimale. Deuxièmement, elle n'ont pas appliqué le test établi dans *Oakes*, mais se sont inspirées de la décision de notre Cour dans *Multani* pour procéder plutôt à une analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable.

[66] À mon avis, il faut maintenir la distinction entre l'analyse fondée sur la notion d'accommodement raisonnable pour l'application de la législation sur les droits de la personne et la justification en application de l'article premier d'une mesure législative contraire à la *Charte*. Quand la validité d'une mesure législative est en cause, il faut procéder à l'analyse requise par l'article premier décrite dans *Oakes*. À l'étape de l'atteinte minimale, cette méthode d'analyse veut que l'on détermine s'il est possible de concevoir une manière moins attentatoire d'atteindre l'objectif. La pondération des effets n'a lieu qu'à la troisième et dernière étape du critère de la proportionnalité. Si le gouvernement réussit à justifier la mesure législative selon le test établi dans *Oakes*, cette mesure est constitutionnelle. Sinon, elle est inopérante, par application de l'art. 52, dans la mesure où elle est incompatible avec la *Charte*.

[67] A different analysis applies where a government *action* or administrative *practice* is alleged to violate the claimant's *Charter* rights. If a *Charter* violation is found, the court's remedial jurisdiction lies not under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* but under s. 24(1) of the *Charter*: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at para. 61. In such cases, the jurisprudence on the duty to accommodate, which applies to governments and private parties alike, may be helpful "to explain the burden resulting from the minimal impairment test with respect to a particular individual" (emphasis added): *Multani*, at para. 53, *per* Charron J.

[68] Minimal impairment and reasonable accommodation are conceptually distinct. Reasonable accommodation is a concept drawn from human rights statutes and jurisprudence. It envisions a dynamic process whereby the parties — most commonly an employer and employee — adjust the terms of their relationship in conformity with the requirements of human rights legislation, up to the point at which accommodation would mean undue hardship for the accommodating party. In *Multani*, Deschamps and Abella JJ. explained:

> The process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties and allows for dialogue between them. This dialogue enables them to reconcile their positions and find common ground tailored to their own needs. [para. 131]

[69] A very different kind of relationship exists between a legislature and the people subject to its laws. By their very nature, laws of general application are not tailored to the unique needs of individual claimants. The legislature has no capacity or legal obligation to engage in such an individualized determination, and in many cases would have no advance notice of a law's potential to infringe *Charter* rights. It cannot be expected to tailor a law to every possible future contingency, or every sincerely held religious belief. Laws of general application affect the general public, not just the claimants

[67] Une analyse différente s'applique lorsque le plaignant fait valoir qu'un *acte* gouvernemental ou une *pratique* administrative porte atteinte à un droit que lui garantit la *Charte*. Si le tribunal conclut que l'acte ou la pratique en cause contrevient à la *Charte*, son pouvoir de réparation relève non pas de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais du par. 24(1) de la *Charte* : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 61. Le cas échéant, la jurisprudence concernant l'obligation d'accommodement, qui s'applique également aux parties privées et aux gouvernements, peut être utile « pour bien saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale vis-à-vis d'un individu en particulier » (je souligne) : *Multani*, par. 53, la juge Charron.

[68] L'atteinte minimale et l'accommodement raisonnable sont distincts sur le plan conceptuel. L'accommodement raisonnable est un concept qui découle de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de la personne. Il s'agit d'un processus dynamique par lequel les parties — généralement un employeur et un employé — adaptent les modalités de leur relation aux exigences de la législation sur les droits de la personne, jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive pour la partie tenue de prendre des mesures d'accommodement. Dans *Multani*, les juges Deschamps et Abella ont expliqué ce qui suit :

> Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins. [par. 131]

[69] Il existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives. De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées et, dans bien des cas, il ne connaît pas à l'avance le risque qu'une mesure législative porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. On ne peut s'attendre à ce qu'il adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les

before the court. The broader societal context in which the law operates must inform the s. 1 justification analysis. A law's constitutionality under s. 1 of the *Charter* is determined, not by whether it is responsive to the unique needs of every individual claimant, but rather by whether its infringement of *Charter* rights is directed at an important objective and is proportionate in its overall impact. While the law's impact on the individual claimants is undoubtedly a significant factor for the court to consider in determining whether the infringement is justified, the court's ultimate perspective is societal. The question the court must answer is whether the *Charter* infringement is justifiable in a free and democratic society, not whether a more advantageous arrangement for a particular claimant could be envisioned.

[70] Similarly, "undue hardship", a pivotal concept in reasonable accommodation, is not easily applicable to a legislature enacting laws. In the human rights context, hardship is seen as undue if it would threaten the viability of the enterprise which is being asked to accommodate the right. The degree of hardship is often capable of expression in monetary terms. By contrast, it is difficult to apply the concept of undue hardship to the cost of achieving or not achieving a legislative objective, especially when the objective is (as here) preventative or precautionary. Though it is possible to interpret "undue hardship" broadly as encompassing the hardship that comes with failing to achieve a pressing government objective, this attenuates the concept. Rather than strain to adapt "undue hardship" to the context of s. 1 of the *Charter*, it is better to speak in terms of minimal impairment and proportionality of effects.

[71] In summary, where the validity of a law of general application is at stake, reasonable accommodation is not an appropriate substitute for a proper

mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. La constitutionnalité d'une mesure législative au regard de l'article premier de la *Charte* dépend, non pas de la question de savoir si elle répond aux besoins de chacun des plaignants, mais plutôt de celle de savoir si la restriction aux droits garantis par la *Charte* vise un objectif important et si l'effet global de cette restriction est proportionné. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'effet de la mesure législative sur les plaignants constitue un facteur important dont le tribunal doit tenir compte pour décider si la violation est justifiée, le tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.

[70] De même, la « contrainte excessive », notion essentielle de l'accommodement raisonnable, ne s'applique pas facilement à la législature qui adopte les mesures législatives. Dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit. Le degré de contrainte peut souvent se traduire en termes pécuniaires. En revanche, il est difficile d'appliquer la notion de contrainte excessive en ces termes à la réalisation ou à la non-réalisation d'un objectif législatif, surtout quand il s'agit (comme en l'espèce) d'un objectif de prévention. Bien qu'il soit possible de donner à la notion de « contrainte excessive » une interprétation large qui englobe la contrainte découlant de l'incapacité d'atteindre un objectif gouvernemental urgent, une telle interprétation atténue cette notion. Plutôt que d'essayer d'adapter la notion de « contrainte excessive » au contexte de l'article premier de la *Charte*, il est préférable de parler d'atteinte minimale et de proportionnalité des effets.

[71] En résumé, quand la validité d'une mesure législative d'application générale est en jeu, l'accommodement raisonnable ne saurait se substituer

s. 1 analysis based on the methodology of *Oakes*. Where the government has passed a measure into law, the provisions of s. 1 apply. The government is entitled to justify the law, not by showing that it has accommodated the claimant, but by establishing that the measure is rationally connected to a pressing and substantial goal, minimally impairing of the right and proportionate in its effects.

(iii) Is the Law Proportionate in Its Effect?

[72] The third and final step of the proportionality analysis is to determine proportionality of effects. We have seen that the regulation advances an important objective; that its limitation on the Colony members' religious freedom is rationally connected to that goal; and that the means chosen to achieve the government objective — the universal photo requirement — meet the requirement of minimal impairment.

[73] This leaves a final question: are the overall effects of the law on the claimants disproportionate to the government's objective? When one balances the harm done to the claimants' religious freedom against the benefits associated with the universal photo requirement for driver's licences, is the limit on the right proportionate in effect to the public benefit conferred by the limit?

[74] In *Oakes*, Dickson C.J. explained the function of this third and final step of the proportionality analysis:

Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The

à l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes*. Quand le gouvernement prend une mesure en édictant une loi, les dispositions de l'article premier s'appliquent. Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné.

(iii) La mesure législative est-elle proportionnée dans ses effets?

[72] La troisième et dernière étape de l'analyse de la proportionnalité consiste à déterminer si les effets de la mesure contestée sont proportionnés. Nous avons vu que le règlement sert un objectif important; que la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie a un lien rationnel avec cet objectif; et que le moyen choisi pour atteindre l'objectif gouvernemental — la photo obligatoire universelle — satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale.

[73] Reste la question de savoir si, dans l'ensemble, les effets de la loi sur les plaignants sont disproportionnés par rapport à l'objectif gouvernemental. La pondération de l'atteinte à la liberté de religion des plaignants et des effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire révèle-t-elle que la restriction au droit est proportionnée à l'avantage qu'elle procure à l'ensemble de la population?

[74] Dans *Oakes*, le juge en chef Dickson a expliqué le rôle de cette troisième et dernière étape de l'analyse de la proportionnalité :

La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée

more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [pp. 139-40]

[75] Despite the importance Dickson C.J. accorded to this stage of the justification analysis, it has not often been used. Indeed, Peter W. Hogg argues that the fourth branch of *Oakes* is actually redundant: *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.12. He finds confirmation of this view in the fact that he is unable to locate any case in which this stage of the analysis has been decisive to the outcome. In his opinion, this is because it essentially duplicates the analysis undertaken at the first stage, pressing and substantial objective. If a law has an objective deemed sufficiently important to override a *Charter* right and has been found to do so in a way which is rationally connected to the objective and minimally impairing of the right, Hogg asks rhetorically, how can the law's effects nonetheless be disproportionate to its objective? In his view, a finding that a law's objective is "pressing and substantial" at the first stage of *Oakes* will *always* produce a conclusion that its effects are proportionate. The real balancing must be done under the heading of minimal impairment and, to a much more limited extent, rational connection.

[76] It may be questioned how a law which has passed the rigours of the first three stages of the proportionality analysis — pressing goal, rational connection, and minimum impairment — could fail at the final inquiry of proportionality of effects. The answer lies in the fact that the first three stages of *Oakes* are anchored in an assessment of the law's purpose. Only the fourth branch takes full account of the "severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups". As President Barak explains:

par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [p. 139-140]

[75] Malgré l'importance accordée par le juge en chef Dickson à cette étape de l'analyse de la justification, elle n'est pas souvent utilisée. D'ailleurs, Peter W. Hogg soutient que le quatrième volet de la méthode d'analyse établie dans *Oakes* est redondant : *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, section 38.12. Il mentionne à l'appui de cette opinion son incapacité de nommer ne serait-ce qu'une décision dans laquelle ce volet se serait révélé déterminant. Il attribue cette situation au fait que ce volet fait essentiellement double emploi avec la première étape de l'analyse, soit celle de l'objectif urgent et réel. Si l'objectif d'une mesure législative est jugé suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et si cette mesure a un lien rationnel avec son objectif et porte le moins possible atteinte au droit, comment, se demande Hogg, les effets de cette mesure pourraient-ils être néanmoins disproportionnés par rapport à son objectif? À son avis, la conclusion qu'une mesure législative a un objectif « urgent et réel » à la première étape de l'analyse établie dans *Oakes* mène *toujours* à la conclusion que ses effets sont proportionnés. Le véritable exercice de pondération doit être effectué à l'étape de l'atteinte minimale et, dans une mesure beaucoup plus limitée, à celle du lien rationnel.

[76] On peut se demander de quelle façon une mesure législative qui a résisté aux trois premières étapes de l'analyse de la proportionnalité — celles de l'objectif urgent, du lien rationnel et de l'atteinte minimale — pourrait échouer à l'étape finale de la proportionnalité des effets. La réponse réside dans le fait que les trois premières étapes de l'analyse proposée dans *Oakes* se rattachent à une appréciation de l'objectif de la mesure législative. Seule la quatrième étape tient pleinement compte de « la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes ». Comme l'explique le président Barak :

Whereas the rational connection test and the least harmful measure test are essentially determined against the background of the proper objective, and are derived from the need to realize it, the test of proportionality (*stricto sensu*) examines whether the realization of this proper objective is commensurate with the deleterious effect upon the human right. . . . It requires placing colliding values and interests side by side and balancing them according to their weight. [p. 374]

In my view, the distinction drawn by Barak is a salutary one, though it has not always been strictly followed by Canadian courts. Because the minimal impairment and proportionality of effects analyses involve different kinds of balancing, analytical clarity and transparency are well served by distinguishing between them. Where no alternative means are reasonably capable of satisfying the government's objective, the real issue is whether the impact of the rights infringement is disproportionate to the likely benefits of the impugned law. Rather than reading down the government's objective within the minimal impairment analysis, the court should acknowledge that no less drastic means are available and proceed to the final stage of *Oakes*.

[77] The final stage of *Oakes* allows for a broader assessment of whether the benefits of the impugned law are worth the cost of the rights limitation. In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, Bastarache J. explained:

The third stage of the proportionality analysis performs a fundamentally distinct role. . . . The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. Although the minimal impairment stage of the proportionality test necessarily takes into account the extent to which a *Charter* value is infringed, the ultimate standard is whether the *Charter* right is impaired as little as possible given the validity of the legislative purpose. The third stage of the proportionality analysis

[TRADUCTION] Alors que le critère du lien rationnel et celui de la mesure la moins attentatoire sont essentiellement considérés dans le contexte de l'objectif approprié et reposent sur la nécessité de l'atteindre, le critère de la proportionnalité (au sens strict) porte sur la question de savoir si l'atteinte de cet objectif véritable est proportionnée aux effets préjudiciables sur le droit de la personne. [. . .] Il faut mettre en parallèle les valeurs et les intérêts divergents et en comparer l'importance. [p. 374]

À mon avis, la distinction faite par le président Barak est judicieuse, même si les tribunaux canadiens ne l'ont pas toujours appliquée de façon rigoureuse. Comme l'analyse de l'atteinte minimale et celle de la proportionnalité des effets font appel à des types de pondération différents, les distinguer contribue à rehausser la clarté et la transparence du processus analytique. Quand aucun autre moyen n'est raisonnablement susceptible de permettre la réalisation de l'objectif gouvernemental, la véritable question est de savoir si les conséquences de l'atteinte aux droits sont disproportionnées par rapport aux effets bénéfiques probables de la mesure législative contestée. Plutôt que de donner une interprétation atténuée de l'objectif gouvernemental lors de l'analyse de l'atteinte minimale, les tribunaux devraient reconnaître qu'il n'existe aucun moyen moins attentatoire et procéder à la dernière étape de l'analyse proposée dans *Oakes*.

[77] La dernière étape de la méthode d'analyse établie dans *Oakes* permet une appréciation plus large de la question de savoir si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit. Dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, le juge Bastarache a donné l'explication suivante :

La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité joue un rôle fondamentalement distinct. [. . .] Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. Même si l'étape de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité tient nécessairement compte de la mesure dans laquelle il est porté atteinte à une valeur prévue par la *Charte*, la norme qui doit être appliquée en bout de ligne consiste à se demander s'il est porté atteinte le moins possible au droit garanti par

provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [Emphasis in original; para. 125.]

[78] In my view, this is a case where the decisive analysis falls to be done at the final stage of *Oakes*. The first two elements of the proportionality test — rational connection and minimum impairment — are satisfied, and the matter stands to be resolved on whether the "deleterious effects of a measure on individuals or groups" outweigh the public benefit that may be gained from the measure. In cases such as this, where the demand is that the right be fully respected without compromise, the justification of the law imposing the limit will often turn on whether the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure.

1. *Salutary Effects*

[79] The first inquiry is into the benefits, or "salutary effects" associated with the legislative goal. Three salutary effects of the universal photo requirement were raised on the evidence: (1) enhancing the security of the driver's licensing scheme; (2) assisting in roadside safety and identification; and (3) eventually harmonizing Alberta's licensing scheme with those in other jurisdictions.

[80] The most important of these benefits and the one upon which Alberta principally relies is the enhancement of the security or integrity of the driver's licensing scheme. The photo requirement ensures both a "one-to-one" and "one-to-many" correspondence among licence holders. This makes it possible, through the use of computer software, to ensure that no person holds more than one licence. It is clear on the evidence that the universal photo requirement enhances the security of the

la *Charte* compte tenu de la validité de l'objectif législatif. La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [Souligné dans l'original; par. 125.]

[78] À mon avis, il s'agit en l'espèce d'un cas où l'analyse se joue à la dernière étape de l'analyse décrite dans *Oakes*. Les deux premiers éléments du critère de la proportionnalité — le lien rationnel et l'atteinte minimale — sont respectés et l'issue de l'affaire dépend de la question de savoir si les « effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes » l'emportent sur les avantages que l'ensemble de la population peut tirer de la mesure. Lorsque, comme en l'espèce, un plaignant réclame le respect absolu de son droit, sans compromis, la justification de la mesure législative attentatoire tient souvent au fait que ses effets préjudiciables sont disproportionnés ou non par rapport aux avantages que l'ensemble de la population en tirera.

1. *Les effets bénéfiques*

[79] Le premier volet de l'analyse porte sur les avantages, ou les « effets bénéfiques » découlant de l'objectif législatif. Trois effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle ont été mentionnés dans la preuve : (1) accroître la sécurité du système de délivrance des permis de conduire; (2) contribuer à la vérification de l'identité et à la sécurité en bordure de la route; et (3) permettre l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis de conduire avec les systèmes en vigueur à l'extérieur de la province.

[80] Le plus important de ces avantages, et celui sur lequel s'appuie principalement l'Alberta, est la sécurité et l'intégrité accrues du système de délivrance des permis de conduire. La photo obligatoire permet la comparaison « individuelle » et « collective » des photos des titulaires de permis. On peut ainsi, à l'aide d'un logiciel, s'assurer que personne ne détienne plus d'un permis de conduire. Il ressort clairement de la preuve que la photo obligatoire universelle accroît la sécurité du système de

licensing system and thus of Albertans. Mandatory photos represent a significant gain to the integrity and usefulness of the computer comparison system. In short, requiring that *all* licence holders are represented by a digital photo in the data bank will accomplish these security-related objectives more effectively than would an exemption for an as yet undetermined number of religious objectors. Any exemptions would undermine the certainty with which the government is able to say that a given licence corresponds to an identified individual and that no individual holds more than one licence. This evidence stands effectively uncontradicted.

délivrance des permis et, partant, des Albertains. Les photos impératives contribuent à améliorer de façon significative l'intégrité et l'utilité du système de comparaison électronique. Bref, on réalisera ces objectifs concernant la sécurité plus efficacement en exigeant qu'une photo numérique de *tous* les titulaires d'un permis de conduire soit versée dans la banque de données qu'en accordant une exemption à un nombre encore indéterminé d'opposants invoquant des motifs religieux. Toute exemption minerait la capacité du gouvernement d'établir avec certitude la correspondance entre un permis donné et une personne identifiée et d'affirmer sans risque d'erreur que personne ne détient plus d'un permis. Cette preuve n'a pas été réellement contredite.

[81] Though it is difficult to quantify in exact terms how much risk of fraud would result from permitted exemptions, it is clear that the internal integrity of the system would be compromised. In this respect, the present case may be contrasted with previous religious freedom cases where this Court has found that the potential risk was too speculative.

[81] Bien qu'il soit difficile de quantifier avec précision le risque de fraude qui découlerait de l'octroi d'exemptions, il est évident que l'intégrité interne du système serait compromise. À cet égard, l'affaire qui nous occupe est nettement en contraste avec les causes antérieures touchant la liberté de religion dans lesquelles la Cour a conclu que le risque potentiel était trop hypothétique.

[82] In *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772, a risk was held to be overly speculative because there was insufficient evidence that potentially discriminatory beliefs were actually resulting in discriminatory conduct. In the present case, by contrast, it is clear that the photo exemption would have a tangible impact on the integrity of the licensing system because it would undermine one-to-one and one-to-many photo comparisons to verify identity.

[82] Dans *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772, un risque a été jugé trop hypothétique, faute d'une preuve suffisante qui aurait établi qu'une conduite discriminatoire résultait effectivement des croyances potentiellement discriminatoires. En revanche, il est évident que l'exemption de photo obligatoire dont il est question ici aurait un effet tangible sur l'intégrité du système de délivrance des permis parce qu'elle nuirait à la vérification de l'identité des demandeurs de permis au moyen de la comparaison individuelle et collective de leur photo.

[83] Similarly, in *Amselem*, the "security concern" posed by the construction of personal succahs was purely speculative because there was no evidence that emergency exits were actually being blocked. The appellants had offered to set up their succahs "in such a way that they would not block any doors, would not obstruct fire lanes, [and] would pose no threat to safety or security in any way" (para. 89). The Court noted that "security

[83] De même, dans *Amselem*, les « inquiétudes touchant à la sécurité » suscitées par la construction des souccahs individuelles étaient purement hypothétiques, puisqu'aucune preuve n'établissait que, dans les faits, les sorties de secours étaient bloquées. Les appelants avaient offert d'installer leur souccah respective « de manière à ne bloquer aucune porte ni voie d'évacuation en cas d'incendie, [et] à ne compromettre d'aucune façon la sécurité » (par. 89).

concerns, if soundly established, would require appropriate recognition in ascertaining any limit on the exercise of the appellants' religious freedom" (para. 88). Here, by contrast, it is established that exempting people from the photo registry creates a real risk to security because it undermines the integrity of the system.

[84] The requirement of a photo on a driver's licence serves the additional purpose of assisting police officers in reliably identifying drivers at the roadside. Alberta concedes that this benefit, given the relatively small number of persons who would seek religious exemptions, would not in itself justify limiting freedom of religion. Yet another salutary benefit may flow from eventual harmonization with other licensing systems. This benefit, however, remains to be realized. While these effects may not be determinative, they support the overall salutary effect of the universal photo requirement.

[85] In summary, the salutary effects of the universal photo requirement for driver's licences are sufficient, subject to final weighing against the negative impact on the right, to support some restriction of the right. As discussed earlier, a government enacting social legislation is not required to show that the law will in fact produce the forecast benefits. Legislatures can only be asked to impose measures that reason and the evidence suggest will be beneficial. If legislation designed to further the public good were required to await proof positive that the benefits would in fact be realized, few laws would be passed and the public interest would suffer.

2. *Deleterious Effects*

[86] This brings us to the deleterious effects of the limit on Colony members' exercise of their

La Cour a noté que « si l'existence d'inquiétudes touchant à la sécurité était solidement établie, elle devrait être prise en compte dans l'appréciation du bien-fondé de toute limite imposée à l'exercice par les appelants de leur liberté de religion » (par. 88). À l'opposé, il est établi en l'espèce qu'exempter certaines personnes de participer au registre de photos crée un risque réel pour la sécurité, parce que les exemptions minent l'intégrité du système.

[84] L'obligation du titulaire d'un permis de conduire d'accepter que sa photo y soit intégrée vise aussi à doter les policiers d'un outil fiable pour les aider à vérifier l'identité des conducteurs en bordure de la route. L'Alberta reconnaît que cet avantage ne justifierait pas à lui seul une restriction à la liberté de religion, étant donné le nombre peu élevé de personnes qui demanderaient une exemption fondée sur des motifs religieux. Un autre effet bénéfique pourrait aussi découler de l'harmonisation éventuelle avec les systèmes de délivrance des permis établis ailleurs. La réalisation de cet effet bénéfique reste toutefois à faire. Ces avantages ne sont peut-être pas déterminants, mais ils contribuent à l'effet bénéfique général de la photo obligatoire universelle.

[85] En résumé, les effets bénéfiques de la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire sont suffisants pour étayer une restriction au droit — sous réserve du résultat final de leur pondération avec les effets préjudiciables au droit. Comme nous l'avons vu plus tôt, le gouvernement qui prend une mesure législative à caractère social n'est pas tenu de démontrer que cette mesure aura effectivement les effets bénéfiques escomptés. On ne peut rien demander de plus au législateur que d'imposer des mesures qui devraient, logiquement et selon la preuve, s'avérer bénéfiques. Si des mesures législatives ne pouvaient être prises pour le bien commun sans qu'il soit d'abord établi qu'elles produiront effectivement les effets bénéfiques attendus, peu de mesures législatives seraient édictées et l'intérêt public en souffrirait.

2. *Les effets préjudiciables*

[86] Cela nous amène à l'examen des effets préjudiciables de la restriction à l'exercice, par les

s. 2(*a*) right. At this point, the seriousness of the effects of the limit on Colony members' freedom of religion falls to be addressed. Several points call for discussion.

[87] A preliminary observation is that the seriousness of the limit on freedom of religion varies from case to case, depending on "the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and democratic society" (*Oakes*, at pp. 139-40).

[88] The deleterious effects of a limit on freedom of religion requires us to consider the impact in terms of *Charter* values, such as liberty, human dignity, equality, autonomy, and the enhancement of democracy: *Thomson Newspapers*, at para. 125; see also *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391. The most fundamental of these values, and the one relied on in this case, is liberty — the right of choice on matters of religion. As stated in *Amselem*, *per* Iacobucci J., religious freedom "revolves around the notion of personal choice and individual autonomy and freedom" (para. 40). The question is whether the limit leaves the adherent with a meaningful choice to follow his or her religious beliefs and practices.

[89] There is no magic barometer to measure the seriousness of a particular limit on a religious practice. Religion is a matter of faith, intermingled with culture. It is individual, yet profoundly communitarian. Some aspects of a religion, like prayers and the basic sacraments, may be so sacred that any significant limit verges on forced apostasy. Other practices may be optional or a matter of personal choice. Between these two extremes lies a vast array of beliefs and practices, more important to some adherents than to others.

membres de la colonie, du droit que leur garantit l'al. 2*a*). Il faut, à cette étape, apprécier la gravité des effets de la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie. Plusieurs points doivent être examinés.

[87] Précisons, à titre préliminaire, que la gravité de la restriction à la liberté de religion variera en fonction « de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique » (*Oakes*, p. 139-140).

[88] Les effets préjudiciables d'une restriction à la liberté de religion doivent être mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*, telles que la liberté, la dignité humaine, l'égalité, l'autonomie et la promotion de la démocratie : *Thomson Newspapers*, par. 125; voir aussi *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391. La plus fondamentale de ces valeurs, et celle sur laquelle repose le pourvoi, est la liberté — la liberté de choix sur les questions d'ordre religieux. Comme le juge Iacobucci l'explique dans *Amselem*, la liberté de religion « repose sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu » (par. 40). Il faut donc se demander si, malgré la restriction, le fidèle peut véritablement choisir de suivre ses croyances et ses pratiques religieuses.

[89] Aucune recette magique ne permet de mesurer la gravité d'une restriction particulière à la pratique religieuse. La religion est une question de foi, intimement liée à la culture. Elle est de nature individuelle, quoique profondément communautaire. Certains aspects de la religion, comme les prières et les sacrements fondamentaux, peuvent être sacrés au point où leur assujettissement à une limite appréciable, quelle qu'elle soit, équivaudrait presque à l'apostasie forcée. D'autres pratiques peuvent être facultatives ou relever d'un choix personnel. Une multitude de croyances et de pratiques se situent entre ces deux extrêmes, certains fidèles leur accordant plus d'importance que d'autres.

[90] Because religion touches so many facets of daily life, and because a host of different religions with different rites and practices co-exist in our society, it is inevitable that some religious practices will come into conflict with laws and regulatory systems of general application. As recognized by the European Court of Human Rights in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A, cited by my colleague Abella J., this pluralistic context also includes "atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned" (para. 31). Their interests are equally protected by s. 2(*a*): *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 347. In judging the seriousness of the limit in a particular case, the perspective of the religious or conscientious claimant is important. However, this perspective must be considered in the context of a multicultural, multi-religious society where the duty of state authorities to legislate for the general good inevitably produces conflicts with individual beliefs. The bare assertion by a claimant that a particular limit curtails his or her religious practice does not, without more, establish the seriousness of the limit for purposes of the proportionality analysis. Indeed to end the inquiry with such an assertion would cast an impossibly high burden of justification on the state. We must go further and evaluate the degree to which the limit actually impacts on the adherent.

[91] The seriousness of a particular limit must be judged on a case-by-case basis. However, guidance can be found in the jurisprudence. Limits that amount to state compulsion on matters of belief are always very serious. As the U.S. Supreme Court has stated: "At the heart of liberty is the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State": *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), at p. 851.

[90] Étant donné les multiples facettes de la vie quotidienne qui sont touchées par la religion et la coexistence dans notre société de nombreuses religions différentes auxquelles se rattachent toute une variété de rites et de pratiques, il est inévitable que certaines pratiques religieuses soient incompatibles avec les lois et la réglementation d'application générale. Comme l'a reconnu la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A, cité par ma collègue, la juge Abella, ce contexte pluraliste inclut aussi « les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » (par. 31). L'alinéa 2*a*) protège également leurs intérêts : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 347. Pour évaluer la gravité d'une restriction dans un cas particulier, il faut l'envisager dans la perspective de la personne qui invoque sa liberté de religion ou de conscience. Cette perspective doit toutefois être adoptée dans le contexte d'une société multiculturelle où se côtoient une multitude de religions et dans laquelle l'accomplissement par l'État de son devoir de légiférer pour le bien commun heurte inévitablement les croyances individuelles. La simple prétention d'un plaignant qu'une restriction particulière nuit à sa pratique religieuse n'établit pas à elle seule la gravité de la restriction aux fins de l'analyse de la proportionnalité. À vrai dire, si cette prétention pouvait clore le débat, le fardeau de justification qui incomberait à l'État serait si lourd qu'il lui serait impossible de s'en acquitter. Il faut aller plus loin et apprécier l'ampleur des effets réels de la restriction sur le fidèle.

[91] La gravité d'une restriction particulière s'apprécie au cas par cas. La jurisprudence fournit néanmoins des indications. Les restrictions qui équivalent à l'imposition d'une croyance par l'État sont toujours très graves. Pour reprendre les propos de la Cour suprême des États-Unis : [TRADUCTION] « Le droit de chacun de former sa propre conception de l'existence, de sa finalité, de l'univers et du mystère de la vie humaine constitue un élément essentiel de la liberté. Les croyances en ces matières ne sauraient définir les attributs de la personnalité si elles devaient être imposées par l'État » : *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), p. 851.

[92] Canadian law reflects the fundamental proposition that the state cannot by law directly compel religious belief or practice. Thus, this Court has held that if the purpose of a law is to interfere with religious practices, the law cannot be upheld: see *Big M Drug Mart, Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), and *Canadian Civil Liberties Assn. v. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.). To compel religious practice by force of law deprives the individual of the fundamental right to choose his or her mode of religious experience, or lack thereof. Such laws will fail at the first stage of *Oakes* and proportionality will not need to be considered.

[93] Cases of direct compulsion are straightforward. However, it may be more difficult to measure the seriousness of a limit on freedom of religion where the limit arises not from a direct assault on the right to choose, but as the result of incidental and unintended effects of the law. In many such cases, the limit does not preclude choice as to religious belief or practice, but it does make it more costly.

[94] The incidental effects of a law passed for the general good on a particular religious practice may be so great that they effectively deprive the adherent of a meaningful choice: see *Edwards Books*. Or the government program to which the limit is attached may be compulsory, with the result that the adherent is left with a stark choice between violating his or her religious belief and disobeying the law: *Multani*. The absence of a meaningful choice in such cases renders the impact of the limit very serious.

[95] However, in many cases, the incidental effects of a law passed for the general good on a particular religious practice may be less serious. The limit may impose costs on the religious practitioner in terms of money, tradition or inconvenience. However, these costs may still leave the

[92] Le droit canadien concorde avec le principe fondamental selon lequel l'État ne peut imposer directement une croyance ou une pratique religieuse par voie législative. Ainsi, la Cour a statué que la validité d'une mesure législative qui vise à intervenir dans les pratiques religieuses ne saurait être reconnue : voir *Big M Drug Mart, Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.), et *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2d) 341 (C.A.). Imposer une pratique religieuse par une mesure qui a force de loi serait contraire au droit fondamental de chacun de choisir la façon dont il entend vivre sa religion ou son absence de croyance religieuse. Pareille mesure législative ne résisterait pas à la première étape du test établi dans *Oakes*, de sorte qu'il ne serait pas nécessaire de lui appliquer le critère de la proportionnalité.

[93] Les cas où il y a contrainte directe sont clairs. Il peut toutefois être plus difficile de mesurer la gravité d'une restriction à la liberté de religion lorsque cette restriction ne résulte pas d'une attaque directe contre le libre choix, mais des effets accessoires et involontaires de la mesure législative. Souvent, lorsque c'est le cas, la restriction n'empêche pas une personne de choisir ses croyances ou pratiques religieuses, mais rend ce choix plus onéreux.

[94] Les effets accessoires d'une mesure législative qui vise le bien commun sur une pratique religieuse en particulier peuvent être à ce point importants qu'ils privent le fidèle d'une véritable liberté de choix : voir *Edwards Books*. Il arrive aussi que le programme gouvernemental auquel se rattache la restriction soit obligatoire, ce qui oblige le fidèle à faire le choix déchirant d'agir à l'encontre de sa croyance ou de désobéir à la loi : *Multani*. Vu l'absence de véritable choix, l'effet de la restriction est alors très grave.

[95] Toutefois, les effets accessoires d'une mesure législative qui vise le bien commun sur une pratique religieuse en particulier peuvent être moins graves. La restriction peut causer des inconvénients au fidèle sur le plan financier ou sur les plans de la tradition ou de la commodité. Il se peut néanmoins

adherent with a meaningful choice concerning the religious practice at issue. The *Charter* guarantees freedom of religion, but does not indemnify practitioners against all costs incident to the practice of religion. Many religious practices entail costs which society reasonably expects the adherents to bear. The inability to access conditional benefits or privileges conferred by law may be among such costs. A limit on the right that exacts a cost but nevertheless leaves the adherent with a meaningful choice about the religious practice at issue will be less serious than a limit that effectively deprives the adherent of such choice.

[96] This returns us to the task at hand — assessing the seriousness of the limit on religious practice imposed in this case by the regulation's universal photo requirement for driver's licences. This is not a case like *Edwards Books* or *Multani* where the incidental and unintended effect of the law is to deprive the adherent of a meaningful choice as to the religious practice. The impugned regulation, in attempting to secure a social good for the whole of society — the regulation of driver's licences in a way that minimizes fraud — imposes a cost on those who choose not to have their photos taken: the cost of not being able to drive on the highway. But on the evidence before us, that cost does not rise to the level of depriving the Hutterian claimants of a meaningful choice as to their religious practice, or adversely impacting on other *Charter* values.

[97] The Hutterian claimants argue that the limit presents them with an invidious choice: the choice between some of its members violating the Second Commandment on the one hand, or accepting the end of their rural communal life on the other hand. However, the evidence does not support the conclusion that arranging alternative means of highway transport would end the Colony's rural way of life. The claimants' affidavit says that it is necessary

que, malgré ces inconvénients, le fidèle conserve la possibilité réelle de faire un choix relativement à la pratique en cause. La *Charte* garantit la liberté de religion, mais ne protège pas les fidèles contre tous les coûts accessoires à la pratique religieuse. Plusieurs pratiques religieuses entraînent des coûts dont la société juge raisonnable qu'ils soient supportés par les fidèles. L'impossibilité de bénéficier d'avantages ou privilèges conditionnels prévus par la loi peut faire partie de ces coûts. Une restriction au droit qui entraîne un coût, mais laisse une véritable liberté de choix au fidèle relativement à la pratique religieuse en cause sera moins grave qu'une restriction qui le prive réellement de la possibilité de faire un choix.

[96] Cela nous ramène à la tâche qui nous incombe — c'est-à-dire évaluer la gravité de la restriction à la pratique religieuse imposée en l'espèce par le règlement qui universalise la photo obligatoire pour les titulaires d'un permis de conduire. Nous ne sommes pas devant une situation analogue à celles en cause dans *Edwards Books* ou *Multani*, où la mesure législative a pour effet accessoire et involontaire de priver le fidèle d'une véritable liberté de choix relativement à la pratique religieuse. Les mesures prises dans le règlement contesté dans le but d'assurer le bien commun de l'ensemble de la société — en réglementant les permis de conduire de façon à réduire le risque de fraude au minimum — imposent un coût aux personnes qui refusent de se faire photographier : l'impossibilité de conduire sur la voie publique. Selon la preuve, ce coût n'est cependant pas suffisamment élevé pour priver les plaignants huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse, ni pour porter atteinte aux autres valeurs consacrées par la *Charte*.

[97] Les plaignants huttérites soutiennent que la restriction les place devant un cruel dilemme : ils doivent soit accepter que des membres de la colonie violent le deuxième commandement, soit renoncer à leur mode de vie communautaire rural. La preuve n'étaye toutefois pas leur prétention que le recours à d'autres solutions pour leurs déplacements sur les voies publiques mettrait un terme au mode de vie rural de la colonie. Dans leur affidavit,

for at least some members to be able to drive from the Colony to nearby towns and back. It does not explain, however, why it would not be possible to hire people with driver's licences for this purpose, or to arrange third party transport to town for necessary services, like visits to the doctor. Many businesses and individuals rely on hired persons and commercial transport for their needs, either because they cannot drive or choose not to drive. Obtaining alternative transport would impose an additional economic cost on the Colony, and would go against their traditional self-sufficiency. But there is no evidence that this would be prohibitive.

les plaignants soutiennent qu'il est nécessaire qu'au moins quelques membres de la colonie puissent conduire entre la colonie et les villes voisines. Ils n'expliquent cependant pas pourquoi il leur serait impossible d'embaucher d'autres personnes titulaires d'un permis de conduire ou de se faire conduire en ville par un tiers au besoin, pour leurs rendez-vous médicaux, par exemple. Beaucoup d'entreprises et de particuliers qui ne peuvent pas ou ne veulent pas conduire s'en remettent à des employés ou au transport commercial. Certes, le recours à un autre mode de transport obligerait la colonie à supporter un coût additionnel sur le plan financier et irait à l'encontre de son autosuffisance traditionnelle. Toutefois, il n'a pas été démontré que ce coût serait prohibitif.

[98] On the record before us, it is impossible to conclude that Colony members have been deprived of a meaningful choice to follow or not to follow the edicts of their religion. The law does not compel the taking of a photo. It merely provides that a person who wishes to obtain a driver's licence must permit a photo to be taken for the photo identification data bank. Driving automobiles on highways is not a right, but a privilege. While most adult citizens hold driver's licences, many do not, for a variety of reasons.

[98] Le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de conclure que les membres de la colonie ont été privés de la possibilité de faire un véritable choix entre observer ou non les préceptes de leur religion. La mesure législative ne les contraint pas à se faire photographier. Elle prévoit simplement qu'une personne qui désire obtenir un permis de conduire doit se laisser photographier pour alimenter la banque de données servant à la photo-identification. Pouvoir conduire une automobile sur les voies publiques ne constitue pas un droit, mais un privilège. Même si la plupart des adultes détiennent un permis de conduire, beaucoup n'en détiennent pas, pour différentes raisons.

[99] I conclude that the impact of the limit on religious practice imposed by the universal photo requirement for obtaining a driver's licence is that Colony members will be obliged to make alternative arrangements for highway transport. This will impose some financial cost on the community and depart from their tradition of being self-sufficient in terms of transport. These costs are not trivial. But on the record, they do not rise to the level of seriously affecting the claimants' right to pursue their religion. They do not negate the choice that lies at the heart of freedom of religion.

[99] Je conclus que la restriction à la pratique religieuse causée par la photo obligatoire universelle comme condition d'obtention d'un permis de conduire a pour effet d'obliger les membres de la colonie à trouver des solutions de rechange pour leurs déplacements sur les voies publiques. Ils devront en conséquence supporter certains coûts financiers et déroger à leur tradition d'autosuffisance concernant le transport. Ces coûts ne sont pas négligeables. Toutefois, le dossier qui nous a été soumis ne démontre pas qu'ils sont assez élevés pour porter gravement atteinte au droit des plaignants de pratiquer leur religion. Ils ne les privent pas de la liberté de choix qui constitue un élément essentiel de la liberté de religion.

3. *Weighing the Salutary and Deleterious Effects*

[100] Having considered the seriousness of the limit in terms of its impact on the claimants' freedom of religion, we must balance these deleterious effects against the salutary effects of the law, in order to determine whether the overall impact of the law is proportionate.

[101] The law has an important social goal — to maintain an effective driver's licence scheme that minimizes the risk of fraud to citizens as a whole. This is not a goal that should lightly be sacrificed. The evidence supports the conclusion that the universal photo requirement addresses a pressing problem and will reduce the risk of identity-related fraud, when compared to a photo requirement that permits exceptions.

[102] Against this important public benefit must be weighed the impact of the limit on the claimants' religious rights. While the limit imposes costs in terms of money and inconvenience as the price of maintaining the religious practice of not submitting to photos, it does not deprive members of their ability to live in accordance with their beliefs. Its deleterious effects, while not trivial, fall at the less serious end of the scale.

[103] Balancing the salutary and deleterious effects of the law, I conclude that the impact of the limit on religious practice associated with the universal photo requirement for obtaining a driver's licence, is proportionate.

(d) *Conclusion on Justification*

[104] I conclude that the limit on the Colony members' freedom of religion imposed by the universal photo requirement for holders of driver's licences has been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. The goal of minimizing the risk of fraud associated with driver's licences is pressing

3. *La pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[100] Une fois mesurée la gravité des effets de la restriction sur la liberté de religion des plaignants, nous devons pondérer ces effets négatifs de la mesure législative par rapport à ses effets bénéfiques afin de déterminer si son effet global est proportionné.

[101] La mesure législative vise un objectif social important — maintenir un système de délivrance des permis de conduire qui soit efficace et qui réduise au minimum le risque de fraude pour l'ensemble des citoyens. Cet objectif ne doit pas être sacrifié à la légère. La preuve permet de conclure que la photo obligatoire universelle vise à régler un problème urgent et réduira le risque de fraude sous forme de vol d'identité, en comparaison de la photo obligatoire assortie d'exceptions.

[102] Il faut évaluer les effets de la restriction sur les droits religieux des plaignants par rapport à cet important avantage pour l'ensemble de la population. Bien que la restriction impose des inconvénients et des coûts financiers aux personnes qui refusent de se laisser photographier parce que leurs préceptes religieux le leur interdit, elle ne prive pas les membres de la colonie de la possibilité de vivre en accord avec leurs croyances. Certes, les effets préjudiciables de la mesure ne sont pas négligeables, mais leur degré de gravité est des plus faibles.

[103] Après avoir soupesé les effets bénéfiques de la mesure législative par rapport à ses effets préjudiciables, je conclus que les effets de la restriction à la liberté de religion découlant de l'universalité de la photo obligatoire comme condition d'obtention d'un permis de conduire sont proportionnés.

d) *Conclusion sur la justification*

[104] Je conclus qu'il a été démontré que la restriction à la liberté de religion des membres de la colonie imposée par la photo obligatoire universelle pour les titulaires d'un permis de conduire est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'objectif de réduire le risque de fraude associée au

and substantial. The limit is rationally connected to the goal. The limit impairs the right as little as reasonably possible in order to achieve the goal; the only alternative proposed would significantly compromise the goal of minimizing the risk. Finally, the measure is proportionate in terms of effects: the positive effects associated with the limit are significant, while the impact on the claimants, while not trivial, does not deprive them of the ability to follow their religious convictions.

B. *The Claim Under Section 15*

[105] The s. 15 claim was not considered at any length by the courts below and addressed only summarily by the parties in this Court. In my view, it is weaker than the s. 2(*a*) claim and can easily be dispensed with. To the extent that the s. 15(1) argument has any merit, many of my reasons for dismissing the s. 2(*a*) claim apply to it as well.

[106] Briefly, s. 15(1) is "aimed at preventing discriminatory distinctions that impact adversely on members of groups identified by the grounds enumerated in s. 15 and analogous grounds": *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 16. Religion is a ground enumerated in s. 15. As recently restated by this Court in *Kapp*, at para. 17, the test for discrimination under s. 15(1) is as follows:

(1) Does the law create a distinction based on an enumerated or analogous ground?

(2) Does the distinction create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping?

[107] The respondents claim that "[r]efusing to issue licences to the Wilson Members who otherwise qualify for such licences simply because they refuse to abandon their religious belief in the Second Commandment, but issuing licences to the comparator group simply because they do not share such religious belief, clearly demeans and infringes

permis de conduire est urgent et réel. La restriction a un lien rationnel avec l'objectif. Elle restreint le droit aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif; la seule solution de rechange proposée compromettrait grandement l'objectif de réduire le risque au minimum. Enfin, la mesure est proportionnée quant à ses effets : les effets positifs liés à la restriction sont importants, alors que son incidence sur les plaignants, quoique non négligeable, ne les prive pas de la possibilité d'agir en accord avec leurs convictions religieuses.

B. *La demande fondée sur l'art. 15*

[105] La demande fondée sur l'art. 15 n'a pas été vraiment examinée par les juridictions inférieures et n'a été abordée que sommairement par les parties devant la Cour. À mon avis, elle repose sur des assises moins solides que la demande fondée sur l'al. 2*a*) et peut facilement être tranchée. Dans la mesure où l'argument tiré du par. 15(1) serait le moindrement fondé, beaucoup de mes motifs justifiant le rejet de la demande reposant sur l'al. 2*a*) s'appliquent.

[106] En bref, le par. 15(1) « vise à empêcher les distinctions discriminatoires ayant un effet négatif sur les membres des groupes caractérisés par les motifs énumérés à l'art. 15 ou par des motifs analogues » : *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16. La religion est un motif énuméré à l'art. 15. Comme notre Cour l'a récemment répété dans *Kapp* (par. 17), le critère de discrimination au sens du par. 15(1) est le suivant :

(1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?

(2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[107] Les intimées prétendent que [TRADUCTION] « [l]a décision de refuser de délivrer des permis aux membres de la colonie Wilson qui, autrement, satisfont aux conditions requises pour obtenir ces permis, pour la simple raison qu'ils ne veulent pas renoncer à leur croyance religieuse découlant du deuxième commandement, mais d'en délivrer aux membres

upon the human dignity of the Wilson Members" (Factum, at para. 39). However, photo licences are not issued to other drivers "simply because they do not share such religious belief", but rather because they meet the statutory requirements for issuance of a licence — which include having a photo taken.

[108] Assuming the respondents could show that the regulation creates a distinction on the enumerated ground of religion, it arises not from any demeaning stereotype but from a neutral and rationally defensible policy choice. There is no discrimination within the meaning of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, as explained in *Kapp*. The Colony members' claim is to the unfettered practice of their religion, not to be free from religious discrimination. The substance of the respondents' s. 15(1) claim has already been dealt with under s. 2(*a*). There is no breach of s. 15(1).

VI. Conclusion

[109] The impugned regulation is a reasonable limit on religious freedom, demonstrably justified in a free and democratic society. I would therefore allow the appeal. The constitutional questions stated in my order of January 16, 2008 should be answered as follows:

1. Does s. 14(1)(b) of Alberta's *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, as amended by Alta. Reg. 137/2003, infringe s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

du groupe de comparaison uniquement parce qu'ils ne partagent pas cette croyance, porte clairement atteinte à la dignité humaine des membres de la colonie Wilson » (mémoire, p. 39). Toutefois, les permis avec photo ne sont pas délivrés aux autres conducteurs « uniquement parce qu'ils ne partagent pas cette croyance », mais plutôt parce qu'ils satisfont aux conditions légales d'obtention d'un permis — et notamment à celle de se faire photographier.

[108] À supposer que les intimées puissent démontrer que le règlement établit une distinction fondée sur le motif énuméré de la religion, celle-ci découle non pas d'un stéréotype méprisant, mais d'un choix politique neutre et justifiable sur le plan rationnel. Il n'y a aucune discrimination au sens de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, tel que l'explique l'arrêt *Kapp*. L'objet de la demande des membres de la colonie est la pratique inconditionnelle de leur religion, et non l'absence de discrimination religieuse exercée contre eux. La demande des intimées fondée sur le par. 15(1) a déjà été traitée pour l'essentiel dans l'analyse fondée sur l'al. 2*a*). Il n'y a aucune violation du par. 15(1).

VI. Conclusion

[109] Le règlement contesté constitue une restriction raisonnable à la liberté de religion dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi. Les questions constitutionnelles énoncées dans mon ordonnance du 16 janvier 2008 doivent recevoir les réponses suivantes :

1. L'alinéa 14(1)b) du règlement 320/2002 de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, modifié par le règlement 137/2003 de l'Alberta, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. Does s. 14(1)(b) of Alberta's *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, as amended by Alta. Reg. 137/2003, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

[110] ABELLA J. (dissenting) — Freedom of religion is a core, constitutionally protected democratic value. To justify its impairment, therefore, the government must demonstrate that the benefits of the infringement outweigh the harm it imposes. This was enunciated by Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, where he developed the test under s. 1 for justifying limits to constitutional rights:

> Even if an objective is of sufficient importance, . . . it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. [p. 140]

And in *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), Martha C. Nussbaum similarly observed that:

> Some such burdens to religion may have to be borne, if the peace and safety of the state are really at stake, or if there is some other extremely strong state interest. But it seems deeply wrong for the state to put citizens in such a tragic position needlessly, or in matters of less weight. And often matters lying behind

3. L'alinéa 14(1)b) du règlement 320/2002 de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, modifié par le règlement 137/2003 de l'Alberta, porte-t-il atteinte aux droits garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

4. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

[110] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La liberté de religion est une valeur démocratique fondamentale protégée par la Constitution. Par conséquent, pour justifier une atteinte à cette liberté, le gouvernement doit démontrer que les effets bénéfiques de l'atteinte l'emportent sur le préjudice qu'elle cause. C'est ce qu'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, où il a élaboré le test à appliquer pour justifier une atteinte à un droit constitutionnel au regard de l'article premier :

> Même si un objectif est suffisamment important [. . .], il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. [p. 140]

De plus, dans *Liberty of Conscience : In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), Martha C. Nussbaum affirme, de même :

> [TRADUCTION] Il peut être nécessaire d'accepter certaines entraves à la religion lorsque la paix et la sécurité de l'État sont réellement menacées ou s'il en va d'un autre intérêt extrêmement puissant de l'État. Il serait par contre extrêmement incorrect que l'État impose une entrave aussi pénible aux citoyens sans que cela soit nécessaire,

laws of general applicability are not so weighty. [p. 117]

[111] It may be, however, that the nature of the particular religious duty brings it into serious conflict with countervailing and compelling social values and imperatives. As Dickson J. stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, religious freedoms are subject to such limitations

as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others . . . .

. . .

. . . The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided . . . only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [pp. 337 and 346]

[112] The issue in this case, therefore, is whether in balancing the benefits of the infringing measure against the harm to the right, the infringement is justified. With respect, unlike the Chief Justice, in my view it is not.

[113] The government of Alberta has imposed a mandatory photo requirement for a driver's licence. The stated objective of the measure is to help reduce identity theft through the use of a facial recognition database. The province acknowledges that roadside safety and security are not at issue. Since the introduction of a photo requirement 29 years earlier, there had been, without incident, an exemption for those like the Hutterites whose religion prohibits them from being photographed.

[114] The harm to the constitutional rights of the Hutterites, in the absence of an exemption, is dramatic. Their inability to drive affects them not only individually, but also severely compromises

ou pour des raisons de moindre importance. Et, souvent, les raisons qui sous-tendent les mesures législatives d'application générale ne sont pas importantes à ce point. [p. 117]

[111] En revanche, il se peut que, par sa nature, une obligation religieuse particulière entre nettement en conflit avec des valeurs et des impératifs sociaux contraires impérieux. Comme l'a confirmé le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, la liberté de religion peut être soumise aux restrictions

qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui . . .

. . .

. . . Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition [. . .] que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [p. 337 et 346]

[112] En l'espèce, la question est donc de savoir si la restriction est justifiée lorsqu'on en pondère les effets bénéfiques et les effets préjudiciables aux droits. Contrairement à la Juge en chef, j'estime, en toute déférence, qu'elle ne l'est pas.

[113] Le gouvernement de l'Alberta a imposé la photo obligatoire impérative pour le permis de conduire. L'objectif déclaré de cette mesure est d'aider à réduire le vol d'identité grâce à l'utilisation d'une banque de données reliée à un logiciel de reconnaissance faciale. La province reconnaît que la sûreté et la sécurité en bordure de la route ne sont pas en cause. Depuis l'instauration de la photo obligatoire, 29 ans auparavant, des exemptions étaient accordées, sans entraîner d'incident, aux personnes, comme les huttérites, dont la religion comporte l'interdiction de se laisser photographier.

[114] En l'absence d'une exemption, l'atteinte aux droits constitutionnels des huttérites est dramatique. Non seulement leur impossibilité de conduire les touche individuellement, mais elle compromet

the autonomous character of their religious community.

[115] Unlike the severity of its impact on the Hutterites, the benefits to the province of requiring them to be photographed are, at best, marginal. Over 700,000 Albertans do not have a driver's license and are therefore not in the province's facial recognition database. There is no evidence that in the context of several hundred thousand unphotographed Albertans, the photos of approximately 250 Hutterites will have any discernable impact on the province's ability to reduce identity theft.

[116] This means that the serious harm caused by the infringing measure weighs far more heavily on the s. 1 scales than the benefits the province gains from its imposition on the Hutterites. The province has therefore not discharged its onus of justifying the imposition of a mandatory photo requirement on the members of the Wilson Colony.

Background

[117] In 1974, the Province of Alberta introduced photographs on driver's licences. Until 2003, the Registrar required photos as a general rule, but could issue a non-photo Condition Code G licence if a person had a sincere religious objection or a temporary medical condition which affected their appearance. The Alberta *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, under the *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, c. T-6, governed these licences and gave the Registrar discretion to determine whether the exemption from a photograph requirement was justified.

[118] The Hutterites of Wilson Colony believe that the Second Commandment, which prohibits idolatry, prohibits them from being photographed. They also believe in communal property and live together in religious colonies. The colonies attempt

aussi sérieusement l'autonomie de leur communauté religieuse.

[115] À l'opposé de la gravité de ses effets sur les huttérites, les avantages de la photo obligatoire pour la province sont, au mieux, minimes. Plus de 700 000 Albertains ne détiennent pas de permis de conduire, de sorte que leur photo ne figure pas dans la banque de données provinciale servant à la reconnaissance faciale. Aucune preuve ne démontre que, dans un contexte où plusieurs centaines de milliers d'Albertains ne sont pas photographiés, la photo d'environ 250 huttérites aura un effet perceptible sur la capacité de la province de réduire le vol d'identité.

[116] Cela signifie que le grave préjudice causé par la mesure attentatoire pèse beaucoup plus lourd dans la balance pour l'application de l'article premier que les avantages que son imposition aux huttérites procure à la province. Par conséquent, la province n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau qui lui incombait de justifier l'imposition de la photo obligatoire impérative aux membres de la colonie Wilson.

Le contexte

[117] En 1974, la province de l'Alberta a instauré les permis de conduire avec photo. Jusqu'en 2003, le registraire exigeait normalement une photo, mais il pouvait délivrer un permis sans photo assorti de la condition G si une personne soulevait une objection religieuse sincère ou si elle souffrait d'un problème médical temporaire qui affectait son apparence. Le règlement de l'Alberta intitulé *Operator Licensing and Vehicle Control Regulation*, Alta. Reg. 320/2002, pris en application de la *Traffic Safety Act*, R.S.A. 2000, ch. T-6, régissait ces permis et conférait au registraire le pouvoir discrétionnaire de déterminer si une exemption de la photo obligatoire était justifiée.

[118] Les huttérites de la colonie Wilson croient que le deuxième commandement, qui proscrit l'idolâtrie, leur interdit de se laisser photographier. Ils croient également à la propriété communale et vivent ensemble dans des colonies religieuses. Les

to be self-sufficient, and members of the community operate motor vehicles in order to fulfill their responsibilities to the community. Specifically, the Wilson Colony members use motor vehicles to obtain medical services each week for the 48 children and 8 diabetics on the Colony, for community firefighting by volunteer firefighters, and in commercial activity to sustain their community.

[119] In May 2003, Alberta amended the regulations to make a photograph mandatory for *all* driver's licences (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003). At the time, there were 453 Condition Code G licences in Alberta. Of those, 56 percent, or about 250, were held by Hutterites (2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281, *per* Conrad J.A., at para. 5).

[120] The purpose of the mandatory photograph was primarily to reduce identity theft. Section 3(b) of the amended regulations allows the Registrar to use facial recognition software to verify the identity of all licence applicants. The photograph that is taken at the time of issuance of the licence is incorporated into the province's database. Facial recognition software compares this photograph to all the other photographs in the system, to help ensure that no one has more than one licence in his or her name.

[121] As noted earlier, more than 700,000 Albertans do not have a driver's licence and are therefore not in the province's facial recognition database.

[122] The Wilson Colony members objected to being photographed. Alberta then proposed two alternatives: first, that they have their photograph taken and printed on their licences. Each licence would then be placed in a special package which the licensee would never be required to open, preventing the licensee from ever coming into physical contact with the printed photo. The photographs would be stored in digital form in the database.

colonies visent l'autosuffisance et des membres de la communauté conduisent un véhicule automobile pour s'acquitter de leurs responsabilités envers la communauté. Plus précisément, les membres de la colonie Wilson utilisent chaque semaine des véhicules automobiles pour obtenir des services médicaux pour les 48 enfants et les 8 diabétiques de la colonie, pour assurer les services de pompiers volontaires dans la communauté et pour des activités commerciales qui lui permettent de subvenir aux besoins de la communauté.

[119] En mai 2003, l'Alberta a modifié son règlement pour rendre la photo obligatoire pour *tous* les permis de conduire (*Operator Licensing and Vehicle Control Amendment Regulation*, Alta. Reg. 137/2003). On comptait alors en Alberta 453 permis assortis de la condition G. De ce nombre, 56 pour 100, ou environ 250, étaient détenus par des huttérites (2007 ABCA 160, 77 Alta. L.R. (4th) 281, la juge Conrad de la Cour d'appel, par. 5).

[120] La photo obligatoire avait pour principal objectif de réduire le vol d'identité. L'alinéa 3b) du règlement modifié permet au registraire d'utiliser un logiciel de reconnaissance faciale pour vérifier l'identité de tous les demandeurs de permis. La photo prise lors de la délivrance du permis est versée dans la banque de données de la province. Le logiciel compare alors la photo versée avec toutes les autres photos qui figurent dans le système, ce qui aide à faire en sorte que personne ne détienne plus d'un permis à son nom.

[121] Comme nous l'avons vu, plus de 700 000 Albertains ne possèdent pas de permis de conduire et leur photo ne figure donc pas dans la banque de donnée servant à la reconnaissance faciale.

[122] Les membres de la colonie Wilson ont refusé de se laisser photographier. L'Alberta leur a proposé deux solutions de rechange. Selon la première, ils se feraient photographier et leur photo apparaîtrait sur le permis. Cependant, le permis serait placé dans un emballage spécial que le titulaire n'aurait jamais à ouvrir, de sorte qu'il n'aurait aucun contact physique avec la photo imprimée. La photo numérique serait versée dans la banque de données. Selon la

The second proposal was that a photograph would be taken but not actually printed on their licences. Only the digital images would be stored in the facial recognition database.

[123] The Wilson Colony members rejected these alternatives since they both required them to contravene the religious prohibition against having their photograph taken. Their proposal was that there be a photoless licence with a stamp indicating that the licence could not be used for identification purposes.

[124] The failure to reach an agreement resulted in a constitutional challenge by the members of the Wilson Colony to the mandatory photo requirement. They were successful before the Alberta Court of Queen's Bench (2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300) and the Court of Appeal.

Analysis

[125] Alberta conceded that the photo requirement impairs the Wilson Colony members' freedom of religion. Nor did it dispute that the requirement places a distinctive burden on the Colony members, as the chambers judge noted:

> Nor does the Attorney General dispute that the requirement that people who wish to obtain or renew an operator's licence is a distinctive burden for those who hold those beliefs.
>
> In short, the Attorney General does not take issue with the proposition that the burden imposed upon the Applicants by Section 14(1)(b) of AR 137/2003 is a breach of the *Charter* Rights of the Applicants under both Section 2(a) and Section 15(1) of the *Charter.* Accordingly, there is no need to engage in an assessment of whether Section 14(1)(b) of AR 320/2002, as amended, violates the guaranteed *Charter* rights of the Applicants. [paras. 6-7]

[126] The constitutional guarantee of freedom of conscience and religion is found in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which states:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (*a*) freedom of conscience and religion;

deuxième, une photo serait prise, mais elle n'apparaîtrait pas sur le permis. La photo numérique serait seulement versée dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale.

[123] Les membres de la colonie Wilson ont rejeté ces deux solutions de rechange parce qu'elles exigeaient toutes les deux qu'ils contreviennent au précepte religieux qui leur interdit de se laisser photographier. Ils ont proposé qu'on leur délivre un permis de conduire sans photo, portant une mention indiquant qu'il ne peut être utilisé à des fins d'identification.

[124] À défaut d'une entente, les membres de la colonie Wilson ont contesté la validité constitutionnelle de la photo obligatoire. Ils ont eu gain de cause devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (2006 ABQB 338, 57 Alta. L.R. (4th) 300) et devant la Cour d'appel.

Analyse

[125] L'Alberta concède que la photo obligatoire porte atteinte à la liberté de religion des membres de la colonie Wilson. Elle n'a pas contesté non plus le fait que cette exigence impose un fardeau distinct aux membres de la colonie, comme le juge de première instance l'a souligné :

> [TRADUCTION] Le procureur général ne nie pas non plus que l'obligation incombant aux personnes qui désirent obtenir ou renouveler un permis de conduire impose un fardeau distinct à celles qui ont ces croyances.
>
> Bref, le procureur général ne conteste pas la prétention que le fardeau imposé aux plaignants par l'alinéa 14(1)b) du règlement de l'Alberta 137/2003 porte atteinte à leurs droits protégés par l'al. 2a) et par le par. 15(1) de la *Charte.* Il est donc inutile d'examiner la question de savoir si l'alinéa 14(1)b) du règlement de l'Alberta 320/2002, dans sa version modifiée, viole les droits que la *Charte* garantit aux plaignants. [par. 6-7]

[126] La liberté de conscience et de religion bénéficie d'une protection constitutionnelle prévue à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> *a*) liberté de conscience et de religion;

[127] In both *Big M Drug Mart* and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. explained the significance of the right, one that rests on the values of autonomy and dignity. In *Edwards Books*, he characterized freedom of religion as "profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices" (p. 759). In *Big M Drug Mart*, he wrote that

> [t]he essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.
>
> . . .
>
> . . . an emphasis on individual conscience and individual judgment . . . lies at the heart of our democratic political tradition. [pp. 336 and 346]

It is the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience that

> underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.
>
> Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [p. 346]

[128] The European Court of Human Rights espoused a similarly liberal conception of freedom of religion in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A:

> . . . freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up

[127] Dans les arrêts *Big M Drug Mart* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson a expliqué l'importance de ce droit, qui repose sur les valeurs de l'autonomie et de la dignité. Dans *Edwards Books*, il a qualifié la liberté de religion de « croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques » (p. 759). Dans *Big M Drug Mart*, il a écrit ceci :

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.
>
> . . .
>
> . . . l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est [. . .] au cœur de notre tradition politique démocratique. [p. 336 et 346]

C'est en raison de l'importance cruciale des droits rattachés à la liberté de conscience individuelle que

> la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés « fondamentales ». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.
>
> Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [p. 346]

[128] La Cour européenne des Droits de l'Homme a adopté une conception libérale semblable de la liberté de religion dans *Kokkinakis c. Grèce*, arrêt du 25 mai 1993, série A n° 260-A :

> . . . la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité

the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it.

While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies ... freedom to "manifest [one's] religion". Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.

... freedom to manifest one's religion is not only exercisable in community with others, "in public" and within the circle of those whose faith one shares, but can also be asserted "alone" and "in private" .... [para. 31]

[129] In *Şahin v. Turkey* [GC], No. 44774/98, ECHR 2005-XI, the European Court of Human Rights compellingly wrote:

Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a "democratic society". Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position. [para. 108]

(See also Jeremy Webber "The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion", in Avigail Eisenberg, ed., *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada* (2006), 178, at p. 184; Charles Taylor, *Philosophical Arguments* (1995), at pp. 225 *et seq.*)

[130] Moreover, it is important to recognize that freedom of religion has "both individual and collective aspects" (*Edwards Books*, at p. 781, *per* Dickson C.J.). Wilson J., in her partial dissent in *Edwards Books*, confirmed this dual nature of freedom of religion when she said:

In his commentary on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* Professor Tarnopolsky ... points out that the *Charter* protects group rights as well as individual rights. He distinguishes between individual and group rights on the basis that the assertion of an individual right emphasises the proposition that everyone is to be treated the same regardless of his or her membership in a particular identifiable group whereas the assertion of a group right is based on the claim of

des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société.

Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle « implique » de surcroît [. . .] celle de « manifester sa religion ». Le témoignage, en paroles et en actes, se trouve lié à l'existence de convictions religieuses.

... la liberté de manifester sa religion ne s'exerce pas uniquement de manière collective, « en public » et dans le cercle de ceux dont on partage la foi : on peut aussi s'en prévaloir « individuellement » et « en privé » ... [par. 31]

[129] Dans *Şahin c. Turquie* [GC], n° 44774/98, CEDH 2005-XI, la Cour européenne des Droits de l'Homme a tenu ces propos éloquents :

Pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une « société démocratique ». Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux individus minoritaires un traitement juste et qui évite tout abus d'une position dominante. [par. 108]

(Voir aussi, Jeremy Webber, « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », dans Avigail Eisenberg, dir., *Diversity and Equality : The Changing Framework of Freedom in Canada* (2006), 178, p. 184; Charles Taylor, *Philosophical Arguments* (1995), p. 225 et suiv.)

[130] De plus, il est important de reconnaître que la liberté de religion comporte « des aspects à la fois individuels et collectifs » (*Edwards Books*, p. 781, le juge en chef Dickson). La juge Wilson, dissidente en partie dans *Edwards Books*, a confirmé cette dualité de la liberté de religion :

Dans ses commentaires sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, le professeur Tarnopolsky [. . .] souligne que la *Charte* protège autant les droits collectifs que les droits individuels. Il fait la distinction entre les droits collectifs et les droits individuels en disant que l'affirmation d'un droit individuel confirme la thèse selon laquelle chacun doit être traité de la même façon, peu importe qu'il ou elle appartienne ou non à un groupe identifiable particulier, alors que l'affirmation d'un droit collectif

an individual or group of individuals because of membership in a particular identifiable group: see "The Equality Rights", in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 437.

. . . it seems to me that when the *Charter* protects group rights such as freedom of religion, it protects the rights of all members of the group. It does not make fish of some and fowl of the others. For, quite apart from considerations of equality, to do so is to introduce an invidious distinction into the group and sever the religious and cultural tie that binds them together. It is, in my opinion, an interpretation of the *Charter* expressly precluded by s. 27 which requires the *Charter* to be interpreted "in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians". [Emphasis in original; pp. 808-9.]

Both the individual and group aspects are engaged in this case.

[131] The group, or "community", aspect of religious freedom was discussed by the European Court of Human Rights in *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII:

[T]he right of believers to freedom of religion, which includes the right to manifest one's religion in community with others, encompasses the expectation that believers will be allowed to associate freely, without arbitrary State intervention. Indeed, the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection [of religious freedom] . . . .

In addition, one of the means of exercising the right to manifest one's religion, especially for a religious community, in its collective dimension, is the possibility of ensuring judicial protection of the community, its members and its assets . . . . [para. 118]

[132] This does not mean that the right to freedom of religion cannot yield to a state objective whose benefits outweigh the harm to the right. The assertion of a sincere religious belief or duty does not end the inquiry. As the European Court of Human Rights said in *Şahin*:

est fondée sur la revendication d'un individu ou d'un groupe d'individus à cause de leur appartenance à un groupe identifiable particulier : voir « Les droits à l'égalité », *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 551.

. . . il me semble que dans les cas où la *Charte* protège des droits collectifs, elle protège les droits de tous les membres d'un groupe. Elle ne fait pas de distinction entre les figues et les raisins. En effet, toute considération d'égalité mise à part, le faire reviendrait à établir une distinction injuste au sein du groupe et à rompre les liens religieux et culturels qui en assurent la cohésion. C'est là, à mon avis, une interprétation de la *Charte* expressément interdite par l'art. 27 qui dispose que toute interprétation de celle-ci doit « concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ». [Souligné dans l'original; p. 808-809.]

En l'espèce, tant les aspects individuels que les aspects collectifs de la liberté de religion sont en jeu.

[131] La Cour européenne des Droits de l'Homme a traité de l'aspect « collectif » de la liberté de religion dans *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII :

[L]e droit des fidèles à la liberté de religion, qui comprend le droit de manifester sa religion collectivement, suppose que les fidèles puissent s'associer librement, sans ingérence arbitraire de l'État. En effet, l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se trouve donc au cœur même de la protection [de la liberté de religion] . . .

De surcroît, l'un des moyens d'exercer le droit de manifester sa religion, surtout pour une communauté religieuse, dans sa dimension collective, passe par la possibilité d'assurer la protection juridictionnelle de la communauté, de ses membres et de ses biens . . . [par. 118]

[132] Cela ne signifie pas que le droit à la liberté de religion ne peut jamais céder le pas devant un objectif de l'État dont les effets bénéfiques surpassent les effets préjudiciables au droit. La revendication d'une croyance ou obligation religieuse sincères ne met pas fin à l'analyse. Comme l'a dit la Cour européenne des Droits de l'Homme dans *Şahin* :

[Freedom of religion] does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief . . . .

In democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on freedom to manifest one's religion or belief in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone's beliefs are respected . . . .

. . .

. . . Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society . . . . [paras. 105, 106 and 108]

The nature of the religious right asserted will also be of relevance in balancing benefits and harms.

Section 1

[133] Section 1 of the *Charter* states:

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

[134] It is against the scope of the particular constitutional right that the government has the onus of demonstrating that a limit is justified under s. 1 in accordance with the *Oakes* test. The purpose of the *Oakes* analysis is to balance the benefits of the objective with the harmful effects of the infringement. The stages of the *Oakes* test are not watertight compartments: the principle of proportionality guides the analysis at each step. This ensures that at every stage, the importance of the objective and the harm to the right are weighed.

[135] Dickson C.J. stressed in *Oakes* that the evidence necessary to prove the constituent elements of the s. 1 inquiry "should be cogent and persuasive

[La liberté de religion] ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction . . .

Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun . . .

. . .

. . . Le pluralisme et la démocratie doivent également se fonder sur le dialogue et un esprit de compromis, qui impliquent nécessairement de la part des individus des concessions diverses qui se justifient aux fins de la sauvegarde et de la promotion des idéaux et valeurs d'une société démocratique . . . [par. 105, 106 et 108]

La nature du droit religieux en cause sera aussi pertinente dans la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables.

L'article premier

[133] L'article premier de la *Charte* dit :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[134] C'est au regard de la portée du droit constitutionnel en cause que le gouvernement doit démontrer que la restriction est justifiée au sens de l'article premier selon le test établi dans *Oakes*. L'analyse proposée dans *Oakes* a pour objet la pondération des effets bénéfiques de l'objectif et des effets préjudiciables de la restriction. Les étapes du test de l'arrêt *Oakes* ne sont pas hermétiques : le principe de la proportionnalité guide l'analyse à chacune des étapes. Cela fait en sorte que l'on soupèse, à chaque étape, l'importance de l'objectif et l'atteinte au droit.

[135] Dans *Oakes*, le juge en chef Dickson a souligné que la preuve nécessaire pour établir les éléments constitutifs requis par l'article premier « doit

and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit" (p. 138).

[136] Where, as here, the benefit to the state of the infringing measure is of limited value and the infringement is a deeply harmful one, the overall requirement of proportionality is not met.

Pressing and Substantial Objective

[137] At the first stage of the analysis, the government must demonstrate that it has a "pressing and substantial" objective that justifies the infringement of the right. In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, McLachlin J. cautioned that "[c]are must be taken not to overstate the objective. The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure . . . . If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised" (para. 144 (emphasis in original)).

[138] Alberta acknowledged that it is not attempting to justify the photo requirement on the basis that it allows for quick and efficient driver identification at the side of the road. The exemption to the photograph requirement was in place for 29 years without any demonstrably negative effects on roadside enforcement.

[139] Instead, Alberta stated that the purpose of the mandatory photo requirement was to ensure that every individual who has applied for a licence is represented in the Province's facial recognition database. This database helps prevent an individual from applying for a licence in another person's name. Driver's licences are a widely accepted form of identification. False licences can be used to gain other fraudulent documentation. The objective, therefore, is to protect the integrity of the licensing system and its consequential benefit is the minimization of the risk of identity theft.

[140] I agree with the majority that this objective is an important one.

être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction » (p. 138).

[136] Lorsque, comme en l'espèce, l'effet bénéfique de la mesure attentatoire a une valeur limitée et que l'atteinte est très grave, il n'est pas satisfait au critère général de la proportionnalité.

L'objectif urgent et réel

[137] À la première étape de l'analyse, le gouvernement doit démontrer qu'il poursuit un objectif « urgent et réel » qui justifie l'atteinte au droit. Dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, la juge McLachlin a souligné qu'il « faut veiller à ne pas surestimer l'objectif. Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire [. . .] Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse » (par. 144 (souligné dans l'original)).

[138] L'Alberta reconnaît qu'elle ne cherche pas à justifier la photo obligatoire par le fait qu'elle permet de vérifier rapidement et efficacement l'identité d'un conducteur en bordure de la route. Des exemptions de la photo obligatoire ont été accordées pendant 29 ans, sans effet manifestement négatif sur l'application de la loi en bordure de la route.

[139] L'Alberta affirme plutôt que le but du règlement est de faire en sorte que la photo de chaque demandeur de permis figure dans la banque de données de la province servant à la reconnaissance faciale. Cette banque de données contribue à empêcher une personne de présenter une demande de permis au nom d'une autre personne. Le permis de conduire est devenu une pièce d'identité couramment acceptée. Les faux permis peuvent servir à obtenir d'autres documents frauduleux. L'objectif consiste donc à protéger l'intégrité du système de délivrance des permis et l'effet bénéfique qui en découle est la réduction au minimum du risque de vol d'identité.

[140] Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que cet objectif est important.

Rational Connection

[141] At the "rational connection" step in the proportionality analysis, the seemingly easiest hurdle in the *Oakes* analysis, the Government must demonstrate that the infringing measure is rationally connected to the legislative goal. The connection must be established on a balance of probabilities (*RJR-MacDonald*, at para. 153; see also Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study* (1996), at p. 27).

[142] I agree with the majority that the Government has satisfied the rational connection aspect of the s. 1 analysis. As the chambers judge said (at para. 11): "The requirement of a photograph, coupled with facial recognition software, facilitates the government's objective of ensuring that no individual will hold multiple licences under different names." The regulations help prevent an applicant from fraudulently obtaining a licence in the name of another person whose photograph is already in the database.

Minimal Impairment

[143] Where I start to part company with the majority, with respect, is at the minimal impairment stage of the analysis. This aspect of the s. 1 analysis has attracted judicial approaches of some elasticity, reflecting an understandable desire both to be respectful of the complexity of developing public policy, while at the same time ensuring that the infringing measure meets its policy objectives no more intrusively than necessary.

[144] As McLachlin J. wrote in *RJR-MacDonald*, at para. 160, if the option chosen by the government "falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement". However, "if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally

Le lien rationnel

[141] À l'étape de l'analyse de la proportionnalité qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » — le critère en apparence le plus simple du test établi dans *Oakes* —, le gouvernement doit démontrer que la mesure attentatoire a un lien rationnel avec l'objectif législatif. Ce lien doit être établi selon la prépondérance des probabilités (*RJR-MacDonald*, par. 153; voir aussi Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law : A Comparative Study* (1996), p. 27).

[142] Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que le gouvernement a satisfait au critère du lien rationnel de l'analyse requise par l'article premier. Comme l'a écrit le juge de première instance (par. 11), [TRADUCTION] « [l]a photo obligatoire, conjuguée à un logiciel de reconnaissance faciale, facilite la réalisation de l'objectif gouvernemental de faire en sorte que personne ne détienne plusieurs permis sous différents noms. » Le règlement contribue à empêcher un demandeur d'obtenir frauduleusement un permis au nom d'une personne dont la photo a déjà été versée dans la banque de données.

L'atteinte minimale

[143] C'est à l'étape de l'atteinte minimale que, soit dit en toute déférence, je me dissocie de la majorité. Les tribunaux ont fait preuve d'une certaine souplesse à cette étape de l'analyse requise par l'article premier, ce qui témoigne d'une volonté bien compréhensible de respecter la complexité de l'élaboration d'une politique, tout en veillant à ce que la mesure restrictive atteigne ses objectifs d'une façon qui ne soit pas plus attentatoire qu'il ne le faut.

[144] Comme l'a précisé la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, au par. 160, si la solution retenue par le gouvernement « se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation ». Toutefois, « si

effective measure was not chosen, the law may fail".

[145] The government must therefore show that the measure impairs the right as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. To be characterized as minimal, the impairment must be "carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary" (*RJR-MacDonald*, at para. 160).

[146] In assessing whether Alberta's regulation satisfies the minimal impairment stage, the majority rejects the Colony's alternative proposal of a photoless licence stamped with an indication that it not be used for identification purposes, on the grounds that "[t]he only way to reduce that risk [of misusing driver's licences for identity theft] as much as possible is through a universal photo requirement" and "the alternative proposed by the claimants would *significantly* compromise the government's objective" (paras. 59-60 (emphasis in original)). But as discussed later in these reasons, there is no cogent or persuasive evidence of any such dramatic interference with the government's objective.

[147] It is not difficult for the state to argue that only the measure it has chosen will *maximize* the attainment of the objective and that all other alternatives are substandard or less effective. And there is no doubt that the wider the use of the photographs, the greater the minimization of the risk. But at the minimal impairment stage, we do not assess whether the infringing measure fulfills the government's objective more perfectly than any other, but whether the means chosen impair the right no more than necessary to achieve the objective.

[148] In *RJR-MacDonald*, McLachlin J. rejected a complete ban on advertising on the grounds that a full prohibition will only be constitutionally

le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide ».

[145] Le gouvernement doit donc établir que la mesure restreint le droit aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire pour réaliser l'objectif législatif. Pour que la restriction soit minimale, elle doit être « soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald*, par. 160).

[146] En déterminant si le règlement de l'Alberta satisfait au critère de l'atteinte minimale, la majorité rejette la solution de rechange proposée par la colonie voulant que ses membres puissent obtenir un permis sans photo avec une mention indiquant qu'il ne constitue pas une pièce d'identité valide, parce que « [l]e seul moyen de réduire le plus possible ce risque [d'utilisation à mauvais escient du permis pour la perpétration d'un vol d'identité] est la photo obligatoire universelle » et que « la solution de rechange proposée par les plaignants compromettrait *grandement* l'objectif gouvernemental » (par. 59-60 (en italique dans l'original)). Or, comme nous le verrons plus loin, aucune preuve probante ou convaincante n'établit l'existence d'un empêchement aussi grave à l'atteinte des objectifs gouvernementaux.

[147] Il n'est pas difficile pour le gouvernement de prétendre que seule la mesure qu'il a choisie permettra la réalisation *maximale* de l'objectif et que toutes les autres solutions sont insuffisantes ou moins efficaces. Il n'y a aucun doute que plus le nombre de photos utilisées est grand, plus les risques sont réduits. Cependant, à l'étape de l'atteinte minimale, nous ne déterminons pas si la mesure attentatoire permet une réalisation de l'objectif gouvernemental plus parfaite que ne le ferait toute autre mesure, mais si le moyen choisi ne limite pas le droit au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif.

[148] Dans *RJR-MacDonald*, la juge McLachlin a rejeté l'interdiction totale de la publicité parce qu'une interdiction absolue ne sera constitutionnellement

acceptable at the minimal impairment stage of the analysis if the government can show that only a full prohibition will enable it to achieve its goal. In this case, all of the alternatives presented by the government involve the taking of a photograph. This is the very act that offends the religious beliefs of the Wilson Colony members. The requirement therefore completely extinguishes the right, and is, accordingly, analogous to the complete ban in *RJR-MacDonald*. It is therefore difficult to conclude that it minimally impairs the Hutterites' religious rights.

[149] The minimal impairment stage should not, however, be seen to routinely end the s. 1 analysis. It is possible, for example, to have a law, which is not minimally impairing but may, on balance, given the importance of the government objective, be proportional. In my view, most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about.

Proportionality

[150] It seems to me, with respect, that where the majority's s. 1 analysis fully flounders is in the final stage, where the negative effects of the infringement are balanced against the actual benefits derived from the legislative measure. This is the stage which "provides an opportunity to assess . . . whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*" (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 125). The salutary effects that "actually result" from the implementation of the underlying objective must, therefore, be "proportional" to the harmful effects of the limitation on a constitutionally protected right (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 887-88; see also Jamie Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35

acceptable, à l'étape de l'atteinte minimale, que lorsque le gouvernement peut établir que seule cette mesure lui permettra d'atteindre son objectif. En l'espèce, toutes les mesures de rechange proposées par le gouvernement exigent la prise d'une photo. Or, c'est précisément cet acte qui va à l'encontre des croyances religieuses des membres de la colonie Wilson. Cette exigence éteint donc complètement leur droit et, par conséquent, est analogue à l'interdiction absolue en cause dans *RJR-MacDonald*. On peut donc difficilement conclure qu'elle porte une atteinte minimale aux droits religieux des huttérites.

[149] Il ne faut toutefois pas systématiquement considérer l'étape de l'atteinte minimale comme celle qui conclut l'analyse requise par l'article premier. Par exemple, il est possible qu'une mesure législative ne constitue pas une atteinte minimale, mais que, somme toute, elle soit proportionnée compte tenu de ~~l'im~~portance de l'objectif gouvernemental. À mon avis, la majeure partie de l'analyse conceptuelle doit être faite à l'étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c'est de la proportionnalité dont il est censé être question à l'article premier.

La proportionnalité

[150] Soit dit en toute déférence, il me semble que c'est à l'étape finale de l'analyse requise par l'article premier, au moment de pondérer les effets préjudiciables de l'atteinte par rapport aux effets bénéfiques réels de la mesure législative, que les juges majoritaires font irrémédiablement fausse route. C'est à cette étape que leur est fournie « l'occasion d'apprécier [. . .] si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte* » (*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 125). Les effets bénéfiques qui « résultent en fait » de la mise en application de l'objectif sous-jacent doivent donc être « proportionnels » aux effets préjudiciables de la restriction sur le droit protégé par la Constitution. (*Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 887-888; voir aussi Jamie Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom

Osgoode Hall L.J. 1, at p. 66, cited by Bastarache J. in *Thomson Newspapers*, at para. 125).

[151] In *Edwards Books*, Dickson C.J. articulated the proportionality requirement as follows: the "effects [of the infringing measure] must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights" (p. 768). (See also Aharon Barak, "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 375.)

[152] At this proportionality stage, the "comparison is . . . between the loss for the fundamental right, on the one hand, and the gain for the good protected by the law, on the other" (Dieter Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at p. 393). It engages the following questions:

- How deeply is the right infringed?
- What is the degree to which the impugned limitation will advance its underlying objective?

[153] Justice Bastarache wrote in *Thomson Newspapers* that the deleterious effects of the measure need to be assessed in light of the "values underlying the *Charter*" (para. 125). This was the approach, in fact, first enunciated by Dickson C.J. in *Oakes*:

> The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added; p. 136.]

[154] Turning to the salutary effects in this case, in my view, the government has not discharged its evidentiary burden or demonstrated that the salutary effects in these circumstances are anything more than a web of speculation (Sujit Choudhry, "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two

Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66, cité par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers*, au par. 125).

[151] Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a énoncé le critère de la proportionnalité dans les termes suivants : les « effets [de la mesure attentatoire] ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits » (p. 768). (Voir aussi Aharon Barak, « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 375.)

[152] À cette étape de la proportionnalité, il convient de [TRADUCTION] « comparer, d'une part, [. . .] la perte pour le droit fondamental et, d'autre part, le gain pour l'intérêt protégé par la loi » (Dieter Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393). Il faut prendre en considération les questions suivantes :

- À quel point le droit est-il atteint?
- Dans quelle mesure la restriction contestée favorisera-t-elle la réalisation de l'objectif sous-jacent?

[153] Dans *Thomson Newspapers*, le juge Bastarache a écrit que les effets préjudiciables de la mesure doivent être évalués à la lumière des « valeurs consacrées par la *Charte* » (par. 125). Cette approche correspond en fait à celle décrite initialement par le juge en chef Dickson dans *Oakes* :

> Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne; p. 136.]

[154] En ce qui concerne les effets bénéfiques en l'espèce, j'estime que le gouvernement n'a réussi ni à s'acquitter du fardeau de la preuve ni à démontrer que les effets bénéfiques dépassent en l'occurrence le simple faisceau d'hypothèses (Sujit Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*?

Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at pp. 503-4).

[155] The positive impact of the mandatory photo requirement and the use of facial recognition technology is that it is a way to help ensure that individuals will not be able to commit identity theft. But the facial recognition technology is hardly fool-proof. Joseph Mark Pendleton, Director of the Special Investigations Unit of the Alberta Ministry of Government Services, acknowledged in his affidavit on behalf of the Government of Alberta, that "facial recognition software is not so advanced that it can make a definitive determination of whether two photographs are of the same person". The software merely narrows down potentially similar faces to a manageable number. A human investigator must still "eyeball" the pictures to determine if they are the same person.

[156] There is, in fact, no evidence from the government to suggest that the Condition Code G licences in place for 29 years as an exemption to the photo requirement, caused any harm at all to the integrity of the licensing system. As a result, there is no basis for determining why the exemption is no longer feasible, or so dramatically obstructs the government's objective that it cannot be reinstated.

[157] In his affidavit, Mr. Pendleton noted that "[t]o date, we have been successful in making arrangements to accommodate the concerns of others who have religious reservations regarding a driver's licence photograph" (para. 42). The only example he provided of a problem involving a Condition Code G licence, was a "Caucasian man" who sought a Condition Code G licence, based upon his commitment to native spirituality. He was refused because he was not a member of any recognized organization or denomination that shared his beliefs. This singular example does not seem to me to represent "cogent and persuasive" evidence of the necessity of a mandatory photograph. (See also

Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 503-504).

[155] L'effet positif de la photo obligatoire et de l'utilisation de la technologie de reconnaissance faciale réside dans le fait qu'elles contribuent à empêcher des personnes de commettre un vol d'identité. Toutefois, la technologie de la reconnaissance faciale n'est pas tout à fait infaillible. Dans son affidavit produit au nom du gouvernement de l'Alberta, Joseph Mark Pendleton, directeur de l'Unité des enquêtes spéciales du ministère des Services gouvernementaux de l'Alberta, reconnaît que [TRADUCTION] « le logiciel de reconnaissance faciale n'est pas perfectionné au point de pouvoir déterminer de manière concluante si la personne apparaissant sur deux photos est une seule et même personne ». Le logiciel réduit simplement le nombre de visages qui peuvent être semblables à un nombre raisonnable. Un enquêteur doit encore « jeter un œil » sur les photos pour déterminer s'il s'agit de la même personne.

[156] Le gouvernement n'a en fait produit aucune preuve indiquant que l'existence, pendant 29 ans, de permis assortis de la condition G délivrés conformément à l'exemption de photo obligatoire aurait nui à l'intégrité du système de délivrance des permis. Par conséquent, rien n'explique pourquoi l'exemption ne serait plus possible ou porterait si dramatiquement atteinte à l'objectif gouvernemental qu'elle ne peut être rétablie.

[157] Dans son affidavit, M. Pendleton a indiqué que [TRADUCTION] « [j]usqu'à maintenant, nous avons réussi à concevoir des aménagements pour répondre aux préoccupations des autres personnes qui ont des réserves d'ordre religieux concernant la photo sur le permis de conduire » (par. 42). Le seul exemple qu'il a donné d'un problème relié aux permis assortis de la condition G est celui d'un « homme caucasien » qui a demandé ce type de permis en invoquant son adhésion à la spiritualité autochtone. Sa demande a été rejetée parce qu'il n'était membre d'aucune organisation ou confession reconnue qui partageait ses croyances. Cet unique exemple ne me semble pas constituer une preuve

Bothwell v. Ontario (Minister of Transportation) (2005), 24 Admin. L.R. (4th) 288 (Ont. Div. Ct.).)

[158] Seven hundred thousand Albertans are without a driver's licence. That means that 700,000 Albertans have no photograph in the system that can be checked by facial recognition technology. While adding approximately 250 licence holders to the database will reduce some opportunity for identity theft, it is hard to see how it will make a significant impact on preventing it when there are already several hundred thousand unlicenced and therefore unphotographed Albertans. Since there are so many others who are not in the database, the benefit of adding the photographs of the few Hutterites who wish to drive, would be marginal.

[159] It is worth noting too that in Alberta, numerous documents are used for identity purposes, including birth certificates, social insurance cards and health cards — not all of which include a photograph. Nor has Alberta thought it necessary to introduce, for example, a universal identity card to prevent identity theft. This suggests that the risk is not sufficiently compelling to justify universality.

[160] The fact that Alberta is seemingly unengaged by the impact on identity theft of over 700,000 Albertans being without a driver's licence, makes it difficult to understand why it feels that the system cannot tolerate 250 or so more exemptions.

[161] The majority mentions two ancillary benefits of the mandatory photo requirement: the eventual harmonization of Alberta's licensing scheme with those of other jurisdictions, and assistance in roadside safety and identification. There is no reason to anticipate that any such harmonized scheme would eliminate, rather than protect, religious exemptions. And as for the benefits to roadside identification and safety, Alberta conceded that this was not

« probante et convaincante » de la nécessité de la photo obligatoire. (Voir aussi, *Bothwell c. Ontario (Minister of Transportation)* (2005), 24 Admin L.R. (4th) 288 (C. div. Ont.).)

[158] Sept cent mille Albertains ne possèdent pas de permis de conduire, ce qui signifie que les photos de 700 000 personnes ne se trouvent pas dans le système et ne peuvent être vérifiées par la technologie de reconnaissance faciale. L'inclusion dans le système d'environ 250 titulaires de permis réduira quelque peu la possibilité de commettre un vol d'identité, mais il est difficile de voir comment elle pourrait avoir un effet préventif appréciable compte tenu du nombre élevé d'Albertains déjà sans permis et, par conséquent, sans photo. Étant donné qu'autant de personnes ne sont pas incluses dans la banque de données, l'ajout des photos des quelques huttérites qui désirent conduire ne produirait qu'un avantage négligeable.

[159] Il faut noter aussi que de nombreux documents servent à des fins d'identification en Alberta, y compris les certificats de naissance, les cartes d'assurance sociale et les cartes d'assurance-maladie — qui ne comportent pas tous une photo. L'Alberta n'a pas non plus jugé nécessaire d'instaurer, par exemple, une carte d'identité universelle pour prévenir le vol d'identité. Cela donne à penser que ce risque n'est pas suffisamment important pour justifier l'universalité.

[160] L'Alberta ne se souciant apparemment pas de l'incidence que peut avoir sur le vol d'identité le fait que 700 000 Albertains ne possèdent pas de permis de conduire, on comprend difficilement pourquoi elle jugerait que le système ne peut tolérer quelque 250 photos manquantes de plus.

[161] Les juges majoritaires mentionnent deux avantages accessoires de la photo obligatoire : l'harmonisation éventuelle du système albertain de délivrance des permis avec les systèmes établis à l'extérieur de la province ainsi que l'amélioration de la vérification de l'identité et de la sécurité en bordure de la route. Rien ne permet de prédire qu'un système harmonisé éliminera les exemptions fondées sur des motifs religieux, plutôt que de les préserver.

the purpose of the photo requirement and that any such benefits were minimal, as evidenced by the fact that this exemption has existed for the last 29 years without incident.

[162] The salutary effects of the infringing measure are, therefore, slight and largely hypothetical. The addition of the unphotographed Hutterite licence holders to the system seems only marginally useful to the prevention of identity theft.

[163] On the other hand, the harm to the religious rights of the Hutterites weighs more heavily. The majority assesses the Wilson Colony members' freedom of religion as being a choice between having their picture taken or not having a driver's licence which may have collateral effects on their way of life. This, with respect, is not a meaningful choice for the Hutterites.

[164] The chambers judge found that the mandatory photo requirement threatened the autonomous ability of the respondents to maintain their communal way of life, concluding that "it is essential to [the respondents'] continued existence as a community that some members operate motor vehicles" (para. 2). Conrad J.A. of the Alberta Court of Appeal similarly wrote that the "evidence shows that although the colonies attempt to be self-sufficient, certain members must drive regularly on Alberta highways in order to . . . facilitate the sale of agricultural products, purchase raw materials from suppliers, transport colony members (including children) to medical appointments, and conduct the community's financial affairs" (para. 6).

[165] This self-sufficiency was explained in *Hofer v. Hofer*, [1970] S.C.R. 958, where Ritchie J. wrote that "the Hutterite religious faith and doctrine permeates the whole existence of the members of any Hutterite Colony" (p. 968). Quoting the trial judge,

Pour ce qui est d'améliorer la vérification de l'identité et la sécurité en bordure de la route, l'Alberta concède que tel n'était pas le but de la photo obligatoire et que ces avantages seraient minimes, comme le démontre l'absence d'incident relié aux exemptions accordées au cours des 29 années précédentes.

[162] Les effets bénéfiques de la mesure attentatoire sont donc modestes et en grande partie hypothétiques. L'ajout dans le système des huttérites qui détiennent un permis sans photo ne serait apparemment que d'une utilité négligeable dans la prévention du vol d'identité.

[163] Par contre, les effets préjudiciables sur la liberté de religion des huttérites pèsent plus lourd dans la balance. La majorité considère la liberté de religion des membres de la colonie Wilson comme la liberté de choisir soit de se laisser photographier, soit de renoncer à un permis de conduire, ce qui risque d'avoir des effets indirects sur leur mode de vie. Je crois, en toute déférence, qu'il ne s'agit pas là d'un véritable choix pour les huttérites.

[164] Le juge de première instance a conclu que la photo obligatoire impérative menaçait la capacité des intimées de maintenir leur mode de vie communautaire car, selon lui, il [TRADUCTION] « est essentiel à la survie de leur communauté que certains de leurs membres puissent conduire des véhicules automobiles » (par. 2). La juge Conrad de la Cour d'appel de l'Alberta a écrit, de même, que [TRADUCTION] « la preuve démontre que, bien que les colonies visent l'autosuffisance, certains de leurs membres doivent conduire régulièrement sur les voies publiques en Alberta afin [. . .] de faciliter la vente des produits agricoles, d'acheter des matières premières chez les fournisseurs, de reconduire des membres de la colonie (y compris des enfants) à leurs rendez-vous médicaux et de voir aux affaires financières de la communauté » (par. 6).

[165] Cette autosuffisance a été expliquée dans l'arrêt *Hofer c. Hofer*, [1970] R.C.S. 958, où le juge Ritchie a écrit que « la foi et la doctrine de la religion huttérite imprègnent toute l'existence des membres de toutes les colonies huttérites » (p. 968). Il

he observed: "To a Hutterian the whole life is the Church. . . . The tangible evidence of this spiritual community is the secondary or material community around them. They are not farming just to be farming — it is the type of livelihood that allows the greatest assurance of independence from the surrounding world" (p. 968). Justice Ritchie further noted that to the colonies, "the activities of the community were evidence of the living church" (p. 969).

[166] Historians too have described the intensely self-sufficient and deeply religious nature of the Hutterian community:

> The Hutterites live an austere, religiously motivated existence. Divorce, birth control, and . . . smoking and drinking are strictly forbidden. The Hutterite faithful do not bear arms, and they abstain from both voting and from holding public office. . . . But if they stand apart from the mainstream of Canadian society, by the same token they make very few demands upon it. Hutterites never become public charges: all colonies take care of their old and infirm, and most will not even accept family allowance cheques from the government. Hutterites apparently commit no serious crimes.
>
> . . .
>
> . . . The Hutterites maintain a private school within each colony, and comply with the minimum standards designated by the province . . . [and pay] income tax, corporate tax, and public school tax . . . .
>
> . . .
>
> By presenting so low a profile to the outside world, the Hutterites reduce the attention they attract. Their isolationism, however, makes them easy targets for local fears and apprehensions. . . .
>
> Their separatism and their peculiarities have made the Hutterites handy scapegoats.
>
> (Morris Davis and Joseph F. Krauter, *The Other Canadians: Profiles of Six Minorities* (1971), at pp. 89, 96, 98 and 99)

a cité le juge de première instance pour préciser que [TRADUCTION] « [p]our un Huttérite, l'Église est toute sa vie. [. . .] La preuve tangible de cette communauté spirituelle est la communauté matérielle (secondaire) qui les entoure. Ils ne cultivent pas uniquement pour cultiver, c'est le moyen d'existence qui leur garantit le plus d'indépendance vis-à-vis du monde extérieur » (p. 968). Le juge Ritchie a ajouté que, pour les colonies, « les activités de leur association sont le signe de l'Église temporelle » (p. 969).

[166] Les historiens ont aussi expliqué la nature éminemment autosuffisante et profondément religieuse de la communauté huttérite :

> [TRADUCTION] Les huttérites mènent une vie austère fondée sur la religion. Le divorce, la contraception et [. . .] le tabac et l'alcool leur sont strictement interdits. Les fidèles ne portent pas d'armes et ils s'abstiennent de voter et de remplir une charge publique. [. . .] Par contre, s'ils ne se mêlent pas à l'ensemble de la société canadienne, du même coup, ils en exigent très peu. Les huttérites ne deviennent jamais un fardeau pour la société : toutes les colonies prennent soin de leurs personnes âgées et handicapées et la plupart refusent même les chèques d'allocation familiale du gouvernement. Il semble que les huttérites ne commettent aucun crime grave.
>
> . . .
>
> . . . Les huttérites tiennent une école privée dans chaque colonie et respectent les normes minimales établies par la province [. . .] [et ils paient] l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les bénéfices des sociétés et les taxes scolaires. . .
>
> . . .
>
> En demeurant aussi discrets face au monde extérieur, les huttérites attirent peu l'attention. Toutefois, leur isolationnisme leur vaut de devenir facilement la cible des craintes et des appréhensions locales. . .
>
> Leur façon de vivre à l'écart et différemment du reste de la population a fait des huttérites des boucs émissaires commodes.
>
> (Morris Davis et Joseph F. Krauter, *The Other Canadians : Profiles of Six Minorities* (1971), p. 89, 96, 98 et 99)

[167] To suggest, as the majority does, that the deleterious effects are minor because the Colony members could simply arrange for third party transportation, fails to appreciate the significance of their self-sufficiency to the autonomous integrity of their religious community. When significant sacrifices have to be made to practise one's religion in the face of a state imposed burden, the choice to practise one's religion is no longer uncoerced.

[168] In *Edwards Books*, Dickson C.J. held that indirect but non-trivial burdens on religious practice are prohibited by the constitutional guarantee of freedom of religion (pp. 758-59). And in *Big M Drug Mart*, as previously noted, he highlighted "the centrality of individual conscience and the inappropriateness of governmental intervention to compel or to constrain its manifestation" (p. 346). He also noted that

> [c]oercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. [pp. 336-37]

[169] Jeremy Webber argues that the first strand of freedom of religion is freedom from coercion, including

> both freedom from coerced religious observance and freedom from interference with religious observance. This was the original ground on which freedom of religion was won. It remains the heartland of the freedom.

("Understanding the Religion in Freedom of Religion", in P. Cane, C. Evans and Z. Robinson, eds., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (2008), 26, at p. 29)

[170] The mandatory photo requirement is a form of indirect coercion that places the Wilson Colony members in the untenable position of having to choose between compliance with their religious beliefs or giving up the self-sufficiency of their community, a community that has historically

[167] Laisser entendre, comme le fait la majorité, que les effets préjudiciables sont mineurs parce que les membres de la colonie pourraient simplement faire appel à un tiers pour leur transport ne tient pas compte de l'importance de cette autosuffisance pour l'intégrité autonome de leur communauté religieuse. Quand il faut faire des sacrifices importants pour pratiquer sa religion devant un fardeau imposé par l'État, l'absence de coercition dans le choix de pratiquer sa religion n'existe plus.

[168] Dans *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a conclu que les entraves indirectes, mais non négligeables, à la pratique religieuse sont prohibées en vertu de la liberté de religion garantie par la Constitution (p. 758-759). Et répétons que, dans *Big M Drug Mart*, il a souligné « la prééminence de la conscience individuelle et l'inopportunité de toute intervention gouvernementale visant à forcer ou à empêcher sa manifestation » (p. 346). Il a ajouté ce qui suit :

> La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. [p. 336-337]

[169] Jeremy Webber prétend que le premier élément de la liberté de religion est l'absence de coercition, ce qui inclut

> [TRADUCTION] à la fois l'absence de contrainte imposant l'observance d'une pratique religieuse et l'absence d'entrave à l'observance d'une pratique religieuse. C'est sur cette base que la liberté de religion a été acquise à l'origine. C'est toujours là l'essence de cette liberté.

(« Understanding the Religion in Freedom of Religion », dans P. Cane, C. Evans et Z. Robinson, dir., *Law and Religion in Theoretical and Historical Context* (2008), 26, p. 29)

[170] La photo obligatoire impérative est une forme de coercition indirecte qui place les membres de la colonie Wilson dans une situation intenable où ils doivent choisir soit de rester fidèles à leurs croyances religieuses, soit de renoncer à l'autosuffisance de leur communauté, une communauté qui a

preserved its religious autonomy through its communal independence.

[171] I also have some discomfort with the majority's approach to assessing the seriousness of a religious infringement. It appears to suggest that there is a difference between the constitutional scrutiny of a government program that is "compulsory", and one that is "conditional" or a "privilege". This approach, with great respect, is troubling. It is both novel and inconsistent with the principle enunciated in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, that "once the state does provide a benefit, it is obliged to do so in a non-discriminatory manner" (para. 73).

[172] The question, it seems to me, is whether the government has acted constitutionally. This should not depend on whether it does so through a law, a regulation, or a licence. Moreover, I have difficulty understanding what is meant by a "privilege" in the context of the provision of government services. As long ago as *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, this Court recognized the profound significance a licence may have on an individual's life or livelihood and that the government is required to exercise its power in administering the licensing system in a fair and constitutional manner.

[173] The burden under s. 1 is squarely on the government. That is where it should rigorously remain throughout the *Oakes* analysis, without diminution for any reason. The majority's approach — making the right dependent on a formalistic distinction and characterization of the nature of the law — creates, even if inadvertently, a legal hierarchy attracting diminishing levels of scrutiny. This not only imperils and contradicts human rights jurisprudence, it risks presumptively shrinking the plenitude of what is captured by freedom of religion in s. 2(*a*) of the *Charter* by tethering its scope to an artificial stratum of government action. (See McLachlin C.J., "Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective", in Douglas Farrow, ed., *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays*

toujours préservé son autonomie religieuse grâce à son indépendance communautaire.

[171] J'avoue aussi une certaine réticence à l'égard de la façon dont les juges majoritaires apprécient la gravité de l'atteinte à la liberté de religion. Elle semble sous-entendre qu'il faut examiner la validité constitutionnelle d'un programme gouvernemental « obligatoire » différemment de celle d'un programme gouvernemental « conditionnel » ou d'un « privilège ». En toute déférence, je trouve ce raisonnement troublant. Il est à la fois inédit et incompatible avec le principe énoncé dans *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, selon lequel « à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination » (par. 73).

[172] À mon avis, la question à trancher est celle de savoir si l'acte gouvernemental respecte la Constitution. La réponse à cette question ne devrait pas varier selon qu'il s'agit d'une loi, d'un règlement ou d'un permis. J'ai par ailleurs du mal à comprendre ce qu'on entend par un « privilège » dans le contexte des services dispensés par le gouvernement. Dès l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, la Cour a reconnu la grande importance que peut avoir un permis pour la vie ou la subsistance d'une personne et que le gouvernement doit exercer son pouvoir de délivrance de permis de façon équitable et conforme à la Constitution.

[173] Le fardeau de la preuve exigée pour l'application de l'article premier incombe clairement au gouvernement, qui doit demeurer rigoureusement tenu de s'en acquitter à chaque étape de l'analyse décrite dans *Oakes*, sans aucun allégement, quel qu'il soit. Le raisonnement des juges majoritaires — qui assujettit le droit à une distinction et une qualification abstraites de la nature de la mesure législative — crée, même involontairement, une hiérarchie juridique correspondant à différents niveaux d'examen, d'une rigueur décroissante. Cette démarche, non seulement ébranle et contredit la jurisprudence en matière de droits de la personne, mais risque vraisemblablement de réduire la pleine portée du droit à la liberté de religion garanti à l'al. 2*a*) de la *Charte*, en la rattachant à une stratification artificielle de

in Pluralism, Religion, and Public Policy (2004), 12.)

[174] The harm to the Hutterites' *Charter* right is substantial and easily ascertainable, but, as previously noted, the benefit of requiring the Hutterites to be photographed for the purposes of reducing identity theft, is not. Hundreds of thousands of Albertans have no driver's licence and their photographs, therefore, are not available in the facial recognition database, to help minimize identity theft. It is not clear to me how having approximately 250 additional Hutterites' photographs in the database will be of any significance in enhancing the government's objective, compared to the seriousness of the intrusion into the Hutterites' religious autonomy.

[175] What we are left with is the desire to protect Albertans from the risks and costs associated with identity theft through a mandatory photo requirement, versus the cost to the Hutterites, religious and democratic, of not having their constitutional rights respected. Here, the constitutional right is significantly impaired; the "costs" to the public only slightly so, if at all.

[176] Given the disproportion in this case between the harmful effects of the mandatory photo requirement on religious freedom, compared to the minimal salutary effects of requiring photographs from the Hutterites, the government has not discharged its burden of demonstrating that the infringement is justified under s. 1. This makes the mandatory photograph requirement for driver's licences, in the absence of the availability of an exemption on religious grounds, inconsistent with s. 2(*a*) of the *Charter.*

[177] I would therefore dismiss the appeal, but would suspend a declaration of invalidity for one

l'action gouvernementale. (Voir la juge en chef McLachlin, « Freedom of Religion and the Rule of Law : A Canadian Perspective », dans Douglas Farrow, dir., *Recognizing Religion in a Secular Society : Essays in Pluralism, Religion and Public Policy* (2004), 12.)

[174] Le préjudice causé au droit que la *Charte* garantit aux huttérites est réel et facilement vérifiable, alors que, comme nous l'avons vu, l'avantage d'obtenir une photo des huttérites dans le but de réduire le vol d'identité ne l'est pas. Des centaines de milliers d'Albertains ne détiennent pas de permis de conduire et, par conséquent, leurs photos ne figurant pas dans la banque de données servant à la reconnaissance faciale ne peuvent aider à réduire au minimum du risque de vol d'identité. Je ne saisis pas en quoi l'ajout d'environ 250 photos des huttérites dans la banque de données contribuerait de façon appréciable à l'atteinte de l'objectif gouvernemental, en comparaison de la gravité de la violation de l'autonomie religieuse des huttérites.

[175] Reste la volonté de protéger les Albertains contre les dangers et les coûts découlant du vol d'identité au moyen de la photo obligatoire impérative par opposition au coût pour les huttérites, sur le plan de la religion et de la démocratie, du non-respect de leurs droits constitutionnels. En l'espèce, l'atteinte au droit constitutionnel est substantielle, alors que les « coûts » pour le public ne le sont guère, sinon pas du tout.

[176] Vu la disproportion en l'espèce entre les effets préjudiciables de la photo obligatoire sur la liberté de religion et les effets bénéfiques minimes de l'imposition aux huttérites de l'obligation de se faire photographier, le gouvernement ne s'est pas acquitté de son fardeau de démontrer que l'atteinte est justifiée au sens de l'article premier. La photo obligatoire impérative pour les titulaires de permis de conduire, sans possibilité d'exemption pour des motifs d'ordre religieux, est donc incompatible avec l'al. 2*a*) de la *Charte.*

[177] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi, mais de suspendre la déclaration

year to give Alberta an opportunity to fashion a responsive amendment.

The following are the reasons delivered by

LeBel J. (dissenting) —

I. Introduction

[178] I have read the reasons of the Chief Justice and of my colleague Justice Abella. With respect for the other view, I agree with the comments of Justice Abella on the nature of the guarantee of freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I share her opinion that the impugned regulation that limits freedom of religion has not been properly justified by the appellant under s. 1 of the *Charter*. As a result, as she proposes, I would dismiss the appeal and uphold the declaration of invalidity of the regulation that requires the members of the Hutterite Colony to have their photos taken as a condition for the renewal or issuance of a driver's licence.

[179] After a few short comments on freedom of religion, I will focus my analysis on the interpretation and application of s. 1 of the *Charter*. I have some concerns as to how the reasons of the Chief Justice structure and apply the method of justification of s. 1, in other words, the *Oakes* test, as it is now known.

A. *Freedom of Religion*

[180] The constitutional guarantee of freedom of religion has triggered a substantial amount of litigation since the coming into force of the *Charter*. The present appeal illustrates enduring difficulties in respect of its interpretation and application. Perhaps, courts will never be able to explain in a complete and satisfactory manner the meaning of religion for the purposes of the *Charter*. One might have thought that the guarantee of freedom of opinion, freedom of conscience, freedom of expression and freedom of association could very well have been sufficient to protect freedom of religion. But

d'invalidité pour une période d'un an afin de donner à l'Alberta la possibilité d'apporter une modification adaptée à la situation.

Version française des motifs rendus par

Le juge LeBel (dissident) —

I. Introduction

[178] J'ai lu les motifs de la Juge en chef et ceux de ma collègue la juge Abella. Avec égards pour l'avis contraire, je suis d'accord avec les commentaires de la juge Abella sur la nature de la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je partage son opinion que le règlement contesté qui restreint la liberté de religion n'a pas été convenablement justifié par l'appelante au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, comme elle le propose, je rejetterais le pourvoi et confirmerais la déclaration d'invalidité du règlement qui exige que les membres de la colonie huttérite se fassent photographier pour renouveler ou obtenir leur permis de conduire.

[179] Après avoir fait quelques brefs commentaires sur la liberté de religion, j'axerai mon analyse sur l'interprétation et l'application de l'article premier de la *Charte*. J'ai quelques préoccupations quant à la façon dont la Juge en chef structure et applique la méthode de justification requise par l'article premier ou le test de l'arrêt *Oakes*, ainsi qu'on l'appelle maintenant.

A. *La liberté de religion*

[180] La garantie constitutionnelle de la liberté de religion a donné lieu à de nombreux litiges depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*. Le présent pourvoi fait ressortir des difficultés persistantes d'interprétation et d'application de cette garantie. Peut-être les tribunaux ne seront-ils jamais capables d'expliquer de manière complète et satisfaisante la signification de la religion pour l'application de la *Charte*. On aurait pu penser que la présence de la garantie relative à la liberté d'opinion, la liberté de conscience, la liberté d'expression et la liberté d'association aurait très bien pu suffire à protéger la liberté de religion.

the framers of the *Charter* thought fit to incorporate into the *Charter* an express guarantee of freedom of religion, which must be given meaning and effect.

[181] That decision reflects the complex and highly textured nature of freedom of religion. The latter is an expression of the right to believe or not. It also includes a right to manifest one's belief or lack of belief, or to express disagreement with the beliefs of others. It also incorporates a right to establish and maintain a community of faith that shares a common understanding of the nature of the human person, of the universe, and of their relationships with a Supreme Being in many religions, especially in the three major Abrahamic faiths, Judaism, Christianity and Islam.

[182] Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. The present appeal signals the importance of this aspect. It raises issues about belief, but also about the maintenance of communities of faith. We are discussing the fate not only of a group of farmers, but of a community that shares a common faith and a way of life that is viewed by its members as a way of living that faith and of passing it on to future generations. As Justice Abella points out, the regulatory measures have an impact not only on the respondents' belief system, but also on the life of the community. The reasons of the majority understate the nature and importance of this aspect of the guarantee of freedom of religion. This may perhaps explain the rather cursory treatment of the rights claimed by the respondents in the course of the s. 1 analysis. I will now turn to this aspect of the case.

B. *Section 1: The Oakes Test*

[183] As set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, the *Oakes* test has stood at the core of Canadian constitutional law since the early days of the *Charter*. It has been the central issue of much *Charter* litigation. The outcome of complex cases has frequently turned on whether a limitation of a

Cependant, les auteurs de la *Charte* ayant jugé bon de protéger expressément la liberté de religion, il convient d'attribuer un sens et un effet à cette garantie.

[181] Cette décision du constituant témoigne de la complexité et de la subtilité de la liberté de religion. Elle est l'expression du droit de croire ou de ne pas croire. Elle comprend aussi le droit de manifester ses croyances ou l'absence de celles-ci, ou d'exprimer son désaccord avec les croyances d'autrui. Elle englobe en outre le droit d'établir et de maintenir une communauté, liée par une même foi, qui partage une vision commune de la nature de l'être humain, de l'univers et de leurs relations avec l'Être suprême dans plusieurs religions, surtout dans les trois grandes religions abrahamiques, soit le judaïsme, le christianisme et l'islam.

[182] La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi des rapports religieux. Le présent pourvoi fait ressortir l'importance de cet aspect. Il soulève des questions sur les croyances, mais aussi sur le maintien des communautés organisées autour d'une même foi. Nous discutons non seulement du sort d'un groupe d'agriculteurs, mais d'une communauté qui partage la même foi et un mode de vie qui est perçu par ses membres comme une façon de vivre cette foi et de la transmettre aux générations futures. Comme le souligne la juge Abella, les mesures réglementaires ont un effet non seulement sur le système de croyances des intimées, mais aussi sur la vie de leur communauté. Les motifs de la majorité sous-estiment la nature et l'importance de cet aspect de la garantie relative à la liberté de religion. Cela peut expliquer le traitement plutôt superficiel des droits revendiqués par les intimées dans le cadre de l'analyse requise par l'article premier. Je vais maintenant examiner cet aspect de l'affaire.

B. *L'article premier : le test de l'arrêt Oakes*

[183] Le test énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, se situe au cœur du droit constitutionnel canadien depuis les débuts de la *Charte*. La plupart des poursuites fondées sur la *Charte* sont centrées sur l'application de ce test. L'issue des cas complexes repose souvent sur la question

right was justified under s. 1. In *Oakes*, our Court sought to give meaning and structure to the broad and bald affirmation, in s. 1 of the *Charter*, that constitutional rights could be limited, provided that the limitation could be justified in a manner consistent with the democratic values of Canada. Although courts have struggled in applying or interpreting it, the *Oakes* test has stood the test of time and remains a critical component of the constitutional ordering of basic rights in Canada.

[184] In the context of the values of the democratic society of Canada, courts were assigned the responsibility of final adjudication in the case of conflicts between public authorities and citizens, subject to the derogation or notwithstanding clause in s. 33 of the *Charter* (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 496-97). In its own way, the *Oakes* test is yet another attempt to determine why and how a law could be found to be just and whether it should be enforced. Many centuries ago, St. Thomas Aquinas put his mind to the same question. For him, a just law was one with a legitimate purpose which relied on reasonable or proportionate means to achieve it. Proportionate burdens should be imposed on citizens (see Thomas Aquinas, *Treatise on Law* (1991), at p. 96). In more modern times, the same idea informed the drafting of the *European Convention of Human Rights*. It inspired the approach of international law in domains like the laws of war (see D. M. Weinstock, "Philosophical Reflections on the *Oakes* Test", in L. B. Tremblay and G. C. N. Webber, eds., *The Limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes* (2009), 115, at pp. 115-16; also T. Hurka, "Proportionality in the Morality of War" (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34; G. Van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (2005), at pp. 23-27; M.-A. Eissen, "The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights", in R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, eds., *The European System for the Protection of Human Rights* (1993), 125). The principle of proportionality can even be found in

de savoir si la restriction à un droit est justifiée en regard de l'article premier. Dans *Oakes*, notre Cour a voulu donner un sens et une structure à l'affirmation générale et vague qui figure à l'article premier de la *Charte*, selon laquelle les droits constitutionnels peuvent être limités dans la mesure où la restriction est justifiée en conformité avec les valeurs démocratiques du Canada. Bien que les tribunaux aient eu du mal à l'appliquer ou à l'interpréter, le test de l'arrêt *Oakes* a résisté à l'épreuve du temps et il demeure un élément essentiel de l'ordonnancement constitutionnel des droits fondamentaux au Canada.

[184] Dans le contexte des valeurs de la société démocratique du Canada, les tribunaux se sont vu confier la responsabilité de trancher les conflits entre les autorités publiques et les citoyens, sous réserve de la disposition de dérogation ou d'exemption de l'art. 33 de la *Charte* (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 496-497). À sa façon, le critère de l'arrêt *Oakes* représente une autre tentative de déterminer pourquoi et en quoi une règle de droit peut être considérée équitable et s'il convient de l'appliquer. Il y a plusieurs siècles, Saint Thomas d'Aquin s'est penché sur la même question. Pour lui, une loi équitable était une loi qui poursuivait une fin légitime par des moyens raisonnables ou proportionnés. Les fardeaux imposés aux citoyens devraient être proportionnés (voir Thomas d'Aquin, *Somme théologique* (2003), t. 2, p. 606). À l'époque moderne, la même idée a présidé à la rédaction de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle a inspiré l'approche adoptée en droit international dans des domaines comme le droit de la guerre (voir D. M. Weinstock, « Philosophical Reflections on the *Oakes* Test », dans L. B. Tremblay et G. C. N. Webber, dir., *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes* (2009), 115, p. 115-116; aussi T. Hurka, « Proportionality in the Morality of War » (2005), 33 *Phil. & Pub. Aff.* 34; G. Van der Schyff, *Limitation of Rights : A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights* (2005), p. 23-27; M.-A. Eissen, « The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights », dans R. St. J. Macdonald, F. Matscher et H. Petzold, dir., *The*

Canadian criminal law. Self-defence, in s. 34 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for example, is predicated on the legitimacy of the purpose and the proportionality of the means used to further that purpose.

[185] The *Oakes* test belongs to this legal and philosophical tradition. In essence, it is about purpose and means: the legitimacy of the purpose and the proportionality of the means. The use of proportionate means in order to achieve legitimate purposes will justify a limitation of rights under s. 1.

[186] As is well known, the *Oakes* test imposes on the state the burden of demonstrating a pressing and substantial objective. This is the purpose part of the test. Then, the state must meet the proportionality requirements. The first requirement of the proportionality test is that there be a rational connection between the purpose and the means. This part of the test is really about the necessity or usefulness of the means in connection with the objective. A law that does not somehow contribute to advancing the stated purpose will not pass constitutional muster. The courts must then review the means themselves by asking whether the means are minimally impairing of the right in question (the "minimal impairment" test). Finally, the court will engage in a balancing of the measure's salutary and deleterious effects (see P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), vol. 2, at section 38.8; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at pp. 975-76). The reasons of the Chief Justice focus on the last part of this test in seeking to justify the impugned regulations under s. 1.

[187] It has also been said, at times, that context should be considered at the outset of the analysis in order to determine the scope of the deference of courts to government when applying the *Oakes* test (*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877). One part of this context should not be forgotten: the constitutional

European System for the Protection of Human Rights (1993), 125). Le principe de la proportionnalité se retrouve même dans le droit criminel canadien. Par exemple, la légitime défense, à l'art. 34 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, s'appuie sur la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des moyens utilisés pour atteindre cet objectif.

[185] Le test de l'arrêt *Oakes* s'inscrit dans cette tradition juridique et philosophique. Il concerne essentiellement l'objectif et les moyens : la légitimité de l'objectif et la proportionnalité des moyens. L'utilisation de moyens proportionnés pour atteindre des objectifs légitimes justifiera une limitation des droits selon l'article premier.

[186] Il est bien connu que le test de l'arrêt *Oakes* impose à l'État le fardeau de démontrer l'existence d'un objectif urgent et réel. Il s'agit du volet du test qui porte sur l'objectif. Ensuite, l'État doit répondre aux exigences de la proportionnalité. Le premier élément du critère de la proportionnalité exige la présence d'un lien rationnel entre l'objectif et les moyens. Cet élément du critère porte nettement sur la nécessité ou l'utilité des moyens en rapport avec l'objectif. Une règle de droit qui ne contribue pas, d'une façon ou d'une autre, à la réalisation de l'objectif déclaré ne résistera pas à l'examen constitutionnel. Les tribunaux doivent ensuite examiner les moyens eux-mêmes en se demandant s'ils portent une atteinte minimale au droit en cause (le critère de « l'atteinte minimale »). Enfin, la cour devra soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la mesure (voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), vol. 2, section 38.8; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5e éd. 2008), p. 975-976). Les motifs de la Juge en chef privilégient le dernier élément de ce critère pour justifier le règlement contesté au regard de l'article premier.

[187] Il a parfois été dit qu'il fallait examiner le contexte au début de l'analyse afin de déterminer le degré de retenue dont les tribunaux devront faire preuve envers le législateur en appliquant le test de l'arrêt *Oakes* (*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877). On ne doit pas oublier une partie de ce contexte :

context itself. The *Charter* is designed to uphold and protect constitutional rights. The justification process under s. 1 is not designed to sidestep constitutional rights on every occasion. Rather, it seeks to define and reconcile these rights with other legitimate interests or even between themselves. The burden of justification rests on the state, although I will not attempt, within the limited scope of these reasons, to delve any further into the vexed question of what is sufficient evidence or demonstration of justification. The justification process also reflects the democratic life of a state like Canada, which operates under the rule of law, in the tradition of a parliamentary government, within the framework of a federal form of government. Section 1 and the *Oakes* test are designed to reach a proper equilibrium between the rule of law, the roles of courts, Parliament or legislatures, and executives, and the democratic life of our country. In the end, when conflict does arise and cannot be resolved, courts must try to strike a proper balance between competing demands, always mindful of their place within the constitutional and political sphere.

le contexte constitutionnel en soi. La *Charte* est conçue pour défendre et protéger les droits constitutionnels. Le processus de justification prévu à l'article premier n'a pas été créé pour éviter l'application des droits constitutionnels chaque fois que l'occasion se présente. Au contraire, il vise à définir ces droits et à les concilier avec d'autres intérêts légitimes, ou même entre eux. Le fardeau de la justification incombe à l'État, mais je ne m'attarderai pas davantage, dans le cadre limité des présents motifs, sur la question épineuse de ce qui constitue une preuve ou une démonstration suffisante de la justification. Le processus de justification reflète aussi la vie démocratique d'un pays comme le Canada, soumis au principe de la primauté du droit, dans la tradition d'un gouvernement parlementaire, dans le cadre d'un gouvernement fédéral. L'article premier et le test de l'arrêt *Oakes* recherchent un juste équilibre entre la primauté du droit, les rôles des tribunaux, du Parlement ou des législatures, le pouvoir exécutif et la vie démocratique de notre pays. En définitive, lorsque survient un conflit qui ne peut être résolu, les tribunaux doivent essayer d'établir un juste équilibre entre les revendications concurrentes, en demeurant toujours conscients de leur place dans la sphère constitutionnelle et politique.

[188] In general, courts have only rarely questioned the purpose of a law or regulation in the course of a s. 1 analysis. The threshold of justification remains quite low and laws have almost never been struck down on the basis of an improper purpose (Hogg, at section 38.9(b)). The pressing and compelling purpose test amounts to a *prima facie* review of the legitimacy of the law's objective. Its flexibility reflects the need to avoid too close questioning of the policy reasons underlying a law. Such a review would be better left to the political and parliamentary process. The flexibility of the analysis at this stage results also from the abstract nature of the purpose, which can be expressed by the courts at "various levels of generality" (Hogg, at section 38.9(a); *Thomson Newspapers*, at para. 125, *per* Bastarache J.). Since this objective is often not expressed with much clarity in the law or regulation, its identification and definition at this stage of the analysis often amount to a judicial construct based on such evidence as is available. The nature

[188] De façon générale, les tribunaux ont rarement remis en cause l'objectif d'une loi ou d'un règlement dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Le seuil de justification demeure assez peu élevé et les mesures législatives n'ont à peu près jamais été invalidées en raison d'un objectif illégitime (Hogg, section 38.9b)). Le critère de l'objectif urgent et réel équivaut à un examen sommaire de la légitimité de l'objectif. Sa souplesse reflète la nécessité de ne pas évaluer trop rigoureusement les raisons de principe qui sous-tendent une mesure législative. Il vaut mieux laisser ce soin au processus politique et parlementaire. La souplesse de l'analyse à ce stade découle aussi de la nature abstraite de l'objectif, que les tribunaux peuvent exprimer à [TRADUCTION] « divers degrés de généralité » (Hogg, section 38.9a); *Thomson Newspapers*, par. 125, le juge Bastarache). Comme, souvent, la loi ou le règlement n'énonce pas très clairement cet objectif, son identification et sa définition à ce stade de l'analyse relèvent souvent d'une construction judiciaire

of this part of the *Oakes* test should caution courts against treating the purpose with undue emphasis on its sanctity throughout the proportionality analysis, when its nature and effects will have to be more closely questioned.

[189] The first part of the *Oakes* test is closely connected to the proportionality analysis. The rational connection analysis requires the courts to determine, for a start, whether the means chosen will somehow advance the stated purpose of the law. At this stage too, courts have rarely found statutes and regulations wanting (Hogg, at section 38.10(a)).

[190] This acknowledgment of the realities of constitutional adjudication does not mean that courts will or should never intervene at these earlier stages. However, this situation confirms that, after almost a quarter century of s. 1 jurisprudence, the crux of the matter lies in what may be called the core of the proportionality analysis, the minimal impairment test and the balancing of effects. It is at these stages that the means are questioned and their relationship to the law's purpose is challenged and reviewed. It is also where the purpose itself must be reassessed with regard to the means chosen by Parliament or the legislature.

[191] A constitutional scholar, Peter Hogg, has observed that s. 1 litigation really revolves around minimal impairment (at sections 38.11(a) and 38.12). There is more than a kernel of truth to this statement. It may reflect what is really happening in the course of constitutional litigation about s. 1 and the conduct of a proportionality analysis. Indeed, I believe that the proportionality analysis depends on a close connection between the final two stages of the *Oakes* test. The court's goal is essentially the same at both stages: to strike a proper balance between state action, the preservation of *Charter* rights and the protection of rights or interests that may not be guaranteed by the Constitution, but that may nevertheless be of high social value or

fondée sur la preuve disponible. La nature de cette partie du test de l'arrêt *Oakes* devrait mettre les tribunaux en garde contre l'attribution d'une importance exagérée au caractère sacré de l'objectif dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, au cours de laquelle sa nature et ses effets seront examinés plus minutieusement.

[189] La première partie du test de l'arrêt *Oakes* est étroitement liée à l'analyse de la proportionnalité. L'analyse du lien rationnel commande aux tribunaux de déterminer d'abord si les moyens choisis contribueront de quelque façon à la réalisation de l'objectif déclaré de la mesure législative. À ce stade également, les tribunaux ont rarement jugé les lois et les règlements déficients (Hogg, section 38.10a)).

[190] Ce constat sur les décisions en matière constitutionnelle ne signifie pas que les tribunaux n'interviendront jamais aux premières étapes ou qu'ils ne devraient pas le faire. Toutefois, cette situation confirme que, après presque 25 ans d'application de l'article premier dans la jurisprudence, la clé du problème se trouve dans ce que l'on pourrait appeler le cœur de l'analyse de la proportionnalité, soit le critère de l'atteinte minimale et la pondération des effets. C'est à ces étapes que les moyens sont remis en cause et que leur lien avec l'objectif législatif est mis à l'épreuve et examiné. C'est aussi à ces stades que l'objectif en soi doit être réévalué au regard des moyens choisis par le Parlement ou la législature.

[191] Un expert en droit constitutionnel, Peter Hogg, a souligné que les litiges relevant de l'article premier portaient en réalité sur l'atteinte minimale (sections 38.11a) et 38.12). Il y a plus qu'une part de vérité dans cette affirmation. Elle rend peut-être compte de ce qui se passe vraiment dans le cadre d'un litige constitutionnel axé sur l'article premier et de l'analyse de la proportionnalité. En effet, je pense que cette analyse repose sur un lien étroit entre les deux dernières étapes du test de l'arrêt *Oakes*. Le but du tribunal est essentiellement le même aux deux étapes : établir un juste équilibre entre l'action étatique, la préservation des droits garantis par la *Charte* et la protection des droits ou des intérêts qui ne sont peut-être pas protégés par la Constitution, mais qui

importance (see *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, at paras. 65 and 72).

[192] It may be tempting to draw sharp analytical distinctions between the minimal impairment and balancing of effects parts of the *Oakes* test. But determining whether a measure limiting a right successfully meets the justification test should lead to some questioning of the purpose in the course of the proportionality analysis, to determine not only whether an alternative solution could reach the goal, but also to what extent the goal itself ought to be realized. This part of the analysis may confirm the validity of alternative, less intrusive measures.

[193] The pull toward a sharp distinction between the two steps of the proportionality analysis, minimal impairment and balancing of effects, is perhaps intensified by semantic difficulties with the minimal impairment test. Courts still use the word "minimal" to characterize the acceptable level of rights impairment, in keeping with the original language used in *Oakes*. This is a strong word that seemed to suggest that, in the justification process, the state would have to show that the measure taken was really the least intrusive possible. It would have to demonstrate that no less drastic measure could be adopted that would achieve the stated legislative purpose. A literal application of such a test might lead, in essence, to courts adopting a libertarian perspective that the state should be constrained and its powers narrowly defined and limited. This understanding of the Constitution might have put Parliament and the legislature in a straitjacket and would have crystallized constitutional arrangements essentially made up of negative rights.

[194] In practical terms, the jurisprudence of this Court confirms that minimal does not really mean minimal in the ordinary sense of the word. The *Oakes* test was quickly reinterpreted, so that the question, in the minimal impairment analysis, became whether the right was infringed "as little

possèdent toutefois une grande valeur ou importance sociales (voir *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 65 et 72).

[192] Il peut être tentant de faire de nettes distinctions analytiques entre le critère de l'atteinte minimale et l'étape de la pondération des effets du test de l'arrêt *Oakes*. Mais l'examen de la justification d'une mesure attentatoire devrait conduire à une certaine remise en question de l'objectif à l'étape de l'analyse de la proportionnalité, afin de déterminer non seulement si une solution de rechange peut permettre d'atteindre l'objectif, mais aussi dans quelle mesure l'objectif en soi doit être réalisé. Cette partie de l'analyse peut confirmer la validité d'autres mesures moins attentatoires.

[193] L'attrait d'une nette distinction entre les deux étapes de l'analyse de la proportionnalité, l'atteinte minimale et la pondération des effets, s'intensifie peut-être en raison des difficultés sémantiques associées au critère de l'atteinte minimale. Les tribunaux continuent d'employer le terme « minimal » pour définir le niveau d'atteinte acceptable, conformément au vocabulaire utilisé dans *Oakes*. Il s'agit d'un terme très fort qui semblait indiquer que l'État devrait démontrer, dans le processus de justification, que la mesure retenue était vraiment la moins attentatoire possible. Il devrait démontrer qu'il ne pouvait recourir à aucune mesure moins draconienne pour réaliser l'objectif législatif déclaré. Une application littérale d'un tel critère pourrait essentiellement amener les tribunaux à adopter une perspective libertaire suivant laquelle l'État ne devrait pas avoir de latitude et ses pouvoirs devraient être limités et définis restrictivement. Une telle interprétation de la Constitution pourrait constituer une entrave pour le Parlement et les législatures et cristalliser des arrangements constitutionnels constitués essentiellement de droits négatifs.

[194] En pratique, la jurisprudence de notre Cour confirme que le mot « minimal » ne doit pas être pris dans son sens ordinaire. Le test de l'arrêt *Oakes* a été rapidement réinterprété de sorte que, dans l'analyse de l'atteinte minimale, la question est devenue celle de savoir si la mesure choisie restreint

as is reasonably possible", within a range of reasonable options (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772, *per* Dickson C.J.). The analysis leaves a reasonable margin of action to the state (p. 795, *per* La Forest J.). This is where we now stand, using words that, sometimes, no longer reflect the legal nature of a test.

[195] In order to determine whether the measure falls within a range of reasonable options, courts must weigh the purpose against the extent of the infringement. They must look at the range of options that are available within the bounds of a democratic Constitution. A deeper analysis of the purpose is in order at this stage of the proportionality analysis. The stated objective is not an absolute and should not be treated as a given. Moreover, alternative solutions should not be evaluated on a standard of maximal consistency with the stated objective. An alternative measure might be legitimate even if the objective could no longer be obtained in its complete integrity. At this stage of the proportionality analysis, the overall objective of the s. 1 analysis remains constant: to preserve constitutional rights, by looking for a solution that will reach a better balance, even if it demands a more restricted understanding of the scope and efficacy of the objectives of the measure. In this sense, courts must execute a holistic proportionality analysis with different legal and analytical components, which remain tightly woven.

[196] The proportionality analysis reflects the need to leave some flexibility to government in respect of the choice of means. But the review of those means must also leave the courts with a degree of flexibility in the assessment of the range of alternatives that could realize the goal, and also in determining how far the goal ought to be attained in order to achieve the proper balance between the objective of the state and the rights at stake.

[197] For all practical purposes, the reasons of the Chief Justice treat the law's objective as if it were unassailable once the courts engage in the

le droit « aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire », à l'intérieur d'une gamme de solutions raisonnables (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 772, le juge en chef Dickson). L'analyse laisse une marge de manœuvre raisonnable à l'État (p. 795, le juge La Forest). Ainsi, nous en sommes toujours à utiliser des termes qui ne reflètent parfois plus la nature juridique d'un critère.

[195] Pour déterminer si la mesure s'inscrit dans une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux doivent soupeser l'objectif par rapport à l'ampleur de l'atteinte. Ils doivent considérer les solutions possibles dans les limites d'une Constitution démocratique. Une analyse plus poussée de l'objectif s'impose à ce stade de l'analyse de la proportionnalité. L'objectif déclaré n'est pas absolu et ne devrait pas être tenu pour acquis. De plus, les solutions de rechange ne devraient pas être évaluées selon une norme de compatibilité maximale avec l'objectif déclaré. Une solution de rechange peut être légitime même si elle ne permet plus la réalisation de l'objectif dans son intégralité. À ce stade de l'analyse de la proportionnalité, l'objet global de l'analyse requise par l'article premier reste le même : protéger les droits constitutionnels en cherchant une solution qui permettra d'établir un juste équilibre, même s'il faut, pour y arriver, interpréter plus restrictivement la portée et l'efficacité des objectifs de la mesure. Dans ce sens, les tribunaux doivent effectuer une analyse globale de la proportionnalité à l'aide de composantes juridiques et analytiques, qui demeurent étroitement liées.

[196] L'analyse de la proportionnalité témoigne de la nécessité de laisser une certaine latitude au gouvernement dans le choix des mesures. Cependant, l'examen de ces mesures doit aussi laisser aux tribunaux un degré de flexibilité dans l'évaluation des solutions de rechange susceptibles de permettre la réalisation de l'objectif et la mesure dans laquelle il doit être réalisé pour produire un juste équilibre entre l'objectif de l'État et les droits en cause.

[197] Tout compte fait, dans les motifs de la Juge en chef, l'objectif de la loi est considéré comme s'il devenait inattaquable lorsque les tribunaux entament

proportionality analysis. No means that would not allow the objective to be realized to its fullest extent could be considered as a reasonable alternative. In this respect, the reasons appear inconsistent. First, para. 54 states: "*Less drastic means which do not actually achieve the government's objective are not considered at this stage*", i.e. the minimal impairment stage. Such an approach would severely restrict the ambit of court review of government action and would reduce it to an analysis of the alignment of means with purposes. At other times, however, I note that the reasons seem more alive to this problem. Thus, one may find in the reasons suggestions that "*achieving the objective*" might actually mean looking into whether there exists an alternative means of reaching the objective "*in a real and substantial manner*" (para. 55). What that would actually mean in practical terms may not be as clear as one could wish. Nevertheless, these words appear to signal that, even at the minimal impairment stage, the objective might have to be redefined and circumscribed.

[198] Indeed, one wonders how an objective could be satisfied in a real and substantial manner without being read down somewhat. A different approach to the interpretation and application of the *Oakes* test would seem hard to reconcile with previous pronouncements of our Court. Our recent judgment in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, offers a fine example of a different understanding of the nature of the proportionality analysis.

[199] In *Charkaoui*, our Court struck down in part, on s. 7 grounds, the security certificate regime set up under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. It accepted that the security of Canada and the protection of intelligence sources were pressing and compelling objectives. Nevertheless, the Court found that alternative measures might give sufficient protection to confidential information. Important as they were, the objectives of the law were not treated as absolute goals, which had to be realized in their perfect integrity. The objectives were recast, in fact, at a

l'analyse de la proportionnalité. Tout moyen qui ne permettrait pas de réaliser intégralement l'objectif serait exclu de la gamme des solutions raisonnables. À cet égard, les motifs semblent contradictoires. Ainsi, on lit au par. 54 que « *[l]es moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade* », c'est-à-dire au stade de l'atteinte minimale. Une telle approche limiterait considérablement la portée de l'examen judiciaire des mesures gouvernementales et la réduirait à une analyse de la concordance des mesures avec les objectifs. Toutefois, je remarque qu'ailleurs dans ses motifs la Juge en chef semble plus sensible à ce problème. Ainsi, on peut y déceler une indication que les mots « *atteindre l'objectif* », pourraient vouloir dire en fait chercher à savoir s'il existe un autre moyen d'atteindre l'objectif « *de façon réelle et substantielle* » (par. 55). Concrètement, ce que cela signifierait en réalité n'est pas aussi clair qu'on pourrait le souhaiter. Néanmoins, ce passage semble indiquer que, même au stade de l'atteinte minimale, l'objectif pourrait devoir être redéfini et circonscrit.

[198] En fait, on peut se demander comment pourrait-on atteindre un objectif de façon réelle et substantielle sans lui donner une interprétation atténuée. D'ailleurs, une approche différente de l'interprétation et de l'application du test de l'arrêt *Oakes* semblerait difficile à concilier avec les décisions antérieures de notre Cour. Notre récent arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, donne un bon exemple d'une interprétation différente de la nature de l'analyse de la proportionnalité.

[199] Dans *Charkaoui*, notre Cour a annulé en partie, sur le fondement de l'art. 7, le régime des attestations de sécurité établi par la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Elle a accepté que la sécurité du Canada et la protection des sources de renseignement constituaient des objectifs urgents et impérieux. Néanmoins, la Cour a conclu que des solutions de rechange pourraient protéger suffisamment les renseignements confidentiels. Malgré toute leur importance, les objectifs de la loi n'ont pas été considérés comme des objectifs absolus, devant être réalisés

lower level than the state might have wished. The Court assessed the objectives, the impugned means and the alternative means together, as necessary components of a seamless proportionality analysis (paras. 85-87).

II. Conclusion

[200] As to the outcome of this case, I agree with the reasons of Justice Abella and with the substance of her views on the lack of justification for the regulation under s. 1. Religious rights are certainly not unlimited. They may have to be restricted in the context of broader social values. But they are fundamental rights protected by the Constitution. The Government of Alberta had to prove that the limitations on the religious right were justified. Like Justice Abella, I believe that the Government of Alberta has failed to demonstrate that the regulation is a proportionate response to the identified societal problem of identity theft.

[201] Moreover, the driver's licence that it denies is not a privilege. It is not granted at the discretion of governments. Every would-be driver is entitled to a licence provided that he or she meets the required conditions and qualifications. Such a licence, as we know, is often of critical importance in daily life and is certainly so in rural Alberta. Other approaches to identity fraud might be devised that would fall within a reasonable range of options and that could establish a proper balance between the social and constitutional interests at stake. This balance cannot be obtained by belittling the impact of the measures on the beliefs and religious practices of the Hutterites and by asking them to rely on taxi drivers and truck rental services to operate their farms and to preserve their way of life. Absolute safety is probably impossible in a democratic society. A limited restriction on the Province's objective of minimizing identity theft would not unduly compromise this aspect of the security of Alberta residents and might lie within the range of reasonable and constitutional alternatives. Indeed, the Province's stated purpose is not set in stone and does not need to be achieved at

dans leur intégralité. En fait, ils ont été reformulés à un niveau inférieur à celui qu'aurait pu souhaiter l'État. La Cour a apprécié ensemble les objectifs, les moyens contestés et les solutions de rechange, comme éléments nécessaires d'une analyse homogène de la proportionnalité (par. 85-87).

II. Conclusion

[200] À propos de l'issue du pourvoi, je suis d'accord avec les motifs de la juge Abella et, pour l'essentiel, avec son opinion quant à l'absence de justification du règlement au regard de l'article premier. Les droits religieux ne sont certes pas illimités. Ils peuvent devoir être limités au nom de valeurs sociales plus générales. Mais ils demeurent des droits fondamentaux protégés par la Constitution. Le gouvernement de l'Alberta devait établir que les restrictions au droit religieux étaient justifiées. Comme la juge Abella, je suis d'avis que le gouvernement de l'Alberta n'a pas réussi à démontrer que le règlement constitue une réponse proportionnée au problème social reconnu que constitue le vol d'identité.

[201] En outre, le permis de conduire que le gouvernement refuse de délivrer ne constitue pas un privilège. Il n'est pas accordé à la discrétion des gouvernements. Tout aspirant conducteur a le droit d'obtenir un permis s'il respecte les conditions nécessaires et possède les qualifications requises. Un tel permis, comme nous le savons, est souvent d'une importance capitale dans la vie quotidienne et c'est assurément le cas dans les zones rurales de l'Alberta. On pourrait concevoir d'autres solutions à la fraude d'identité qui se situeraient dans une gamme de mesures raisonnables et permettraient d'établir un juste équilibre entre les intérêts sociaux et constitutionnels en jeu. Il est impossible d'atteindre cet équilibre en minimisant les répercussions des mesures sur les croyances et pratiques religieuses des huttérites et en leur suggérant de s'en remettre aux chauffeurs de taxi et aux services de location de camions pour exploiter leurs fermes et préserver leur mode de vie. La sécurité absolue reste probablement impossible à atteindre dans une société démocratique. Restreindre de façon limitée l'objectif de la province de réduire au minimum le vol d'identité ne compromettrait pas indûment cet

all costs. The infringing measure was implemented in order to reach a hypothetical objective of minimizing identity theft, by requiring driver's licences with photos. But a small number of people carrying a driver's licence without a photo will not significantly compromise the safety of the residents of Alberta. On the other hand, under the impugned regulation, a small group of people is being made to carry a heavy burden. The photo requirement was not a proportionate limitation of the religious rights at stake.

[202] For these reasons and those of my colleague, Justice Abella, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[203] FISH J. (dissenting) — Like Justice LeBel, and for the reasons he has given, I agree with Justice Abella and would dispose of the appeal as they both suggest.

Appeal allowed, LEBEL, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Peterson & Purvis, Lethbridge.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Department of Justice, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Ste-Foy.

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

aspect de la sécurité des Albertains et s'inscrirait peut-être dans la gamme des solutions de rechange raisonnables et constitutionnelles. De fait, l'objectif déclaré de la province n'est pas coulé dans le béton et n'a pas à être réalisé à tout prix. La mesure attentatoire a été mise en œuvre dans le but d'atteindre l'objectif hypothétique de réduire au minimum le vol d'identité en exigeant le permis de conduire avec photo. Mais le fait qu'un petit groupe de personnes détiennent un permis sans photo ne compromettra pas de façon importante la sécurité des Albertains. En revanche, le règlement contesté impose un lourd fardeau à un petit groupe de personnes. La photo obligatoire ne constitue donc pas une restriction proportionnée aux droits religieux en cause.

[202] Pour ces motifs et ceux de ma collègue la juge Abella, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[203] LE JUGE FISH (dissident) — À l'instar du juge LeBel, et pour les motifs qu'il expose, je suis d'accord avec la juge Abella et je suis d'avis de trancher le pourvoi comme ils le proposent.

Pourvoi accueilli, les juges LEBEL, FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs des intimées : Peterson & Purvis, Lethbridge.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Ste-Foy.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Jason Chester Bjelland *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BJELLAND

Neutral citation: 2009 SCC 38.

File No.: 32446.

2008: November 20; 2009: July 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Late disclosure prejudicial to accused's right to make full answer and defence — Whether trial judge erred in excluding late disclosed evidence under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether prejudice to accused could have been cured by adjournment and disclosure order.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Whether accused's rights to fair trial and to make full answer and defence prejudiced by denial of opportunity to cross-examine witnesses at preliminary hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The accused was charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking. After pre-preliminary hearing conferences, the Crown indicated that disclosure was substantially complete. A preliminary hearing was subsequently held and a trial date set for May 1, 2006. In March and April 2006, the Crown provided the accused with evidence from two alleged accomplices, both of whom were to be called at trial. The accused moved for a stay of proceedings or, alternately, for the exclusion of the evidence on the grounds that his right to make full answer and defence had been prejudiced by the late disclosure. The

Jason Chester Bjelland *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BJELLAND

Référence neutre : 2009 CSC 38.

N° du greffe : 32446.

2008 : 20 novembre; 2009 : 30 juillet.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — Communication tardive portant atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant les éléments de preuve communiqués tardivement en application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'atteinte aux droits de l'accusé pouvait-elle être réparée en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de présenter une défense pleine et entière — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — A-t-il été porté atteinte aux droits de l'accusé de subir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger des témoins à l'enquête préliminaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

L'accusé a été inculpé d'importation et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Après les conférences préalables à l'enquête préliminaire, le ministère public a fait savoir que la communication de la preuve était pour ainsi dire achevée. Par la suite, une enquête préliminaire a été tenue et la date du procès a été fixée au 1er mai 2006. En mars et en avril 2006, le ministère public a transmis à l'accusé des éléments de preuve relatifs à deux présumés complices qui allaient tous deux être appelés à témoigner au procès. L'accusé a sollicité l'arrêt des procédures ou, subsidiairement, l'exclusion des éléments de preuve en cause faisant valoir que

trial judge ordered the exclusion of the late disclosed evidence under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At trial, the accused was acquitted. The Court of Appeal, in a majority decision, set aside the acquittal and ordered a new trial, finding that the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether a less severe remedy than exclusion of evidence could have cured the prejudice to the accused.

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

Per McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Rothstein JJ.: Exclusion of evidence obtained in conformity with the *Charter* is only available as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* where (a) late disclosure renders the trial process unfair and this unfairness cannot be remedied through an adjournment and disclosure order or (b) exclusion is necessary to maintain the integrity of the justice system. The integrity of the justice system requires that the accused receive a trial that is fair in that it satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness for the accused. Because the exclusion of evidence impacts on trial fairness from society's perspective, insofar as it impairs the truth-seeking function of trials, it will not be appropriate and just to exclude evidence under s. 24(1) where a trial judge can fashion an appropriate remedy for late disclosure that does not deny procedural fairness to the accused and where admission of the evidence does not otherwise compromise the integrity of the justice system. [3] [22] [24]

The trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether the prejudice to the accused's right to a fair trial could be remedied without excluding the evidence. The Crown provided the accused with disclosure, albeit late, and there is no suggestion that the Crown had engaged in deliberate misconduct. In the circumstances of this case, an adjournment and a disclosure order would have sufficiently addressed the prejudice to the accused while preserving society's interest in a fair trial. By ordering the exclusion of the evidence, the trial judge misdirected himself and did not impose an appropriate and just remedy. [3] [29] [37] [39]

leur communication tardive avait porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Le juge du procès a ordonné, en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement. Au terme du procès, l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès estimant que le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l'exclusion d'éléments de preuve aurait pu corriger le préjudice causé à l'accusé.

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

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps et Rothstein : L'exclusion d'éléments de preuve qui ont été obtenus conformément à la *Charte* ne peut être ordonnée à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* que a) lorsque la communication tardive rend le procès inéquitable et qu'il ne peut être remédié à cette iniquité grâce à un ajournement et à une ordonnance de communication ou b) lorsque l'exclusion est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice. L'intégrité du système de justice requiert que l'accusé subisse un procès équitable, c'est-à-dire un procès qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. Puisque l'exclusion d'éléments de preuve a une incidence sur l'équité du procès du point de vue de la société, dans la mesure où elle entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, il ne sera ni convenable ni juste de l'ordonner en application du par. 24(1) lorsque le juge du procès peut concevoir une réparation convenable — pour pallier la communication tardive — qui ne prive pas l'accusé de l'équité procédurale et lorsque l'utilisation des éléments de preuve ne porte par autrement atteinte à l'intégrité du système de justice. [3] [22] [24]

Le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si l'atteinte au droit de l'accusé de subir un procès équitable pouvait être corrigée sans exclure les éléments de preuve. Même s'il l'a fait tardivement, le ministère public a communiqué la preuve à l'accusé et rien ne donne à penser que le ministère public a fait preuve d'une inconduite délibérée. En l'espèce, un ajournement et une ordonnance de communication auraient suffisamment réparé le préjudice causé à l'accusé tout en préservant l'intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable. En ordonnant l'exclusion des éléments de preuve, le juge du procès a commis une erreur de droit et n'a pas accordé une réparation convenable et juste. [3] [29] [37] [39]

The accused's s. 7 *Charter* right to make full answer and defence was not infringed by his inability to cross-examine the potential Crown witnesses at a preliminary hearing. The material provided to the accused was sufficient disclosure of the Crown's case against him, and cross-examining a witness at a preliminary hearing is not a component of the s. 7 right to make full answer and defence. [32] [37]

Per Binnie, Fish and Abella JJ. (dissenting): The trial judge's order excluding evidence is subject to appellate interference only if the Court abandons the governing principles it adopted nearly a quarter-century ago and, since then, has repeatedly and consistently applied. Under s. 24(1), the *Charter* entitles anyone whose rights or freedoms have been infringed "to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". This "widest possible discretion", as the Court has framed it, is subject to appellate interference only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. Here, the Court of Appeal should not have interfered with the trial judge's exercise of discretion. He reviewed the evidence carefully and accurately, considered and rejected alternative remedies, including a stay of proceedings and an adjournment. He found that exclusion of the tardily disclosed evidence was not a particularly drastic remedy in this case and, balancing the accused's rights and society's interests, concluded that to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence was the proper remedy in the circumstances. The trial judge committed no reviewable error. He exercised his discretion reasonably and well within the broad limits fixed by the *Charter* and the governing principles. [41] [48] [56] [66-68]

Confining the trial judge's broad and unfettered discretion to exclude evidence under s. 24(1) to two narrow circumstances is a change in the law that is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1). Furthermore, the new proposed limitation introduces the same exacting standard for exclusion of evidence as a remedy under s. 24(1) as, until now, has been uniquely reserved for a stay of proceedings. The remedy of exclusion granted by the trial

Le droit de l'accusé garanti à l'art. 7 de la *Charte* de présenter une défense pleine et entière n'a pas été violé du fait qu'il n'a pas pu contre-interroger les témoins potentiels du ministère public lors de l'enquête préliminaire. Les documents fournis à l'accusé constituaient une communication suffisante de la preuve que le ministère public entendait présenter contre lui. En outre, le droit de contre-interroger un témoin lors d'une enquête préliminaire n'est pas une composante du droit garanti à l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière. [32] [37]

Les juges Binnie, Fish et Abella (dissidents) : L'ordonnance du juge du procès visant l'exclusion d'éléments de preuve ne peut être modifiée en appel que si la Cour abandonne les principes applicables qu'elle a elle-même établis il y a près d'un quart de siècle — et qu'elle a depuis lors appliqués invariablement et à maintes reprises. Suivant le par. 24(1), la *Charte* permet à toute personne dont les droits ou les libertés ont été violés d'« obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Un tribunal d'appel ne sera justifié d'intervenir dans l'exercice de ce que la Cour a qualifié de « plus vaste pouvoir discrétionnaire possible » que si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. En l'espèce, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier la décision rendue par le juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire. Le juge du procès a examiné la preuve soigneusement et correctement. Il a aussi envisagé et écarté d'autres mesures réparatrices, dont l'arrêt des procédures et l'ajournement. Il a jugé que l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement n'était pas une mesure particulièrement draconienne en l'espèce et, après avoir mis en balance les droits de l'accusé et les intérêts de la société, a conclu que la réparation appropriée dans les circonstances consistait à placer tant l'accusé que le ministère public dans la situation où ils se trouvaient avant que le ministère public tente de présenter ces nouveaux éléments de preuve. Le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement et bien à l'intérieur des larges limites fixées par la *Charte* et par les principes applicables. [41] [48] [56] [66-68]

Limiter à deux cas précis le pouvoir discrétionnaire général et absolu que le par. 24(1) confère aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve constitue un changement au droit qui n'est pas justifié et qui est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1). En outre, les nouvelles limites proposées soumettent l'exclusion d'éléments de preuve — en tant que mesure réparatrice accordée en application du par. 24(1) — aux normes exigeantes ayant jusqu'à maintenant été réservées à

judge was not equivalent to a stay of proceedings and should not be made subject to the same constraints. To restrict exclusion as a remedy under s. 24(1) to those limited circumstances in which a stay would be warranted exaggerates the severity of exclusion as a remedy and minimizes the importance attached by our system of justice to objectives other than truth-finding. The new standard also fails to take account of the nature of the constitutional violation or infringement. Finally, it regulates the exclusion under s. 24(1) more closely, and more intrusively, than the same remedy under s. 24(2) even though the plain language of these provisions grants the trial judge a broader discretion under s. 24(1). The new standard, as well, would preclude trial courts from granting exclusion as a remedy under s. 24(1), but, in analogous circumstances, require exclusion under s. 24(2). [43-47] [64-65]

l'arrêt des procédures. L'ordonnance du juge du procès visant l'exclusion d'éléments de preuve n'équivalait pas à un arrêt des procédures et ne devrait pas être assujettie aux mêmes contraintes. Limiter le recours à l'exclusion d'éléments de preuve dans le contexte de l'application du par. 24(1) aux seuls cas où un arrêt des procédures serait justifié confère à cette mesure une trop grande gravité et minimise l'importance que notre système de justice accorde aux objectifs autres que la recherche de la vérité. Le nouveau test omet en outre de tenir compte de la nature de l'atteinte ou de la violation constitutionnelle. Finalement, il assujettit l'exclusion ordonnée en application du par. 24(1) à des règles plus précises et plus envahissantes que celles auxquelles est assujettie l'exclusion ordonnée en application du par. 24(2) même s'il ressort du libellé clair de ces dispositions que le par. 24(1) confère un pouvoir discrétionnaire plus large au juge du procès. De plus, le nouveau test aurait pour effet d'empêcher les tribunaux de première instance d'ordonner l'exclusion d'éléments de preuve à titre de réparation en application du par. 24(1), même si, dans des circonstances similaires, l'exclusion serait nécessaire en application du par. 24(2). [43-47] [64-65]

Cases Cited

By Rothstein J.

Referred to: *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministry of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Charles Osenton and Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), (2).

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81.

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Grant, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Charles Osenton and Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1), (2).

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19.

Authors Cited

Freedman, Samuel. "Admissions and Confessions", in Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 95.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and Martin JJ.A. and Brooker J. (*ad hoc*)), 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, 53 C.R. (6th) 241, 425 A.R. 293, 418 W.A.C. 293, 165 C.R.R. (2d) 92, [2008] 4 W.W.R. 208, 2007 CarswellAlta 1754, [2007] A.J. No. 1445 (QL), setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting.

C. John Hooker, for the appellant.

Croft Michaelson and *Robert A. Sigurdson*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Rothstein JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

1. Introduction

[1] By reason of the Crown's failure to disclose information in a timely way, the Crown breached the appellant's right to make full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue in this appeal as of right is whether the trial judge misdirected himself by ordering the exclusion of the late disclosed evidence as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[2] The majority in the Court of Appeal found that the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether a less severe remedy than exclusion of evidence could cure the prejudice to the appellant by the late disclosure while still

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19.

Doctrine citée

Freedman, Samuel. « Admissions and Confessions », in Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto : Butterworths, 1972, 95.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt, Martin et Brooker (*ad hoc*)), 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, 53 C.R. (6th) 241, 425 A.R. 293, 418 W.A.C. 293, 165 C.R.R. (2d) 92, [2008] 4 W.W.R. 208, 2007 CarswellAlta 1754, [2007] A.J. No. 1445 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents.

C. John Hooker, pour l'appelant.

Croft Michaelson et *Robert A. Sigurdson*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

1. Introduction

[1] Comme il a omis de communiquer des renseignements en temps utile, le ministère public a porté atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le présent pourvoi de plein droit, la Cour doit décider si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit en ordonnant, à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*, l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l'exclusion d'éléments de preuve pouvait corriger le préjudice

preserving the integrity of the justice system (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, at para. 30).

[3] I agree with the result of the majority in the Court of Appeal. In my view, the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether the prejudice to the appellant could be remedied without excluding the evidence and the resulting distortion of the truth-seeking function of the criminal trial process. Under s. 24(1), where the evidence was obtained in conformity with the *Charter*, its exclusion is only available as a remedy where its admission would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system. In this case, the prejudice to the appellant's right to make full answer and defence could be remedied through an adjournment and disclosure order and there was nothing that otherwise compromised the fairness of the trial process or the integrity of the justice system.

[4] I would therefore dismiss the appeal.

2. Facts

[5] On December 23, 2003, the appellant was driving a motor vehicle which entered Canada from the United States at the border crossing at Del Bonita, Alberta. Upon a search of the vehicle and the utility trailer that it was towing, customs officials discovered approximately 22 kilograms of cocaine hidden in two metal drawers concealed behind the trailer's bumper. The appellant and his passenger were charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking, contrary to the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[6] After pre-preliminary hearing conferences, the Crown indicated that disclosure was substantially complete. Following the preliminary hearing, the appellant pleaded not guilty and elected trial by judge and jury on February 28, 2005. A trial date was originally set for November 14, 2005, but

causé à l'appelant par la communication tardive tout en préservant l'intégrité du système de justice (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, par. 30).

[3] Je suis d'accord avec la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si le préjudice causé à l'appelant pouvait être corrigé sans exclure les éléments de preuve et dénaturer ainsi la fonction de recherche de vérité des procès criminels. Selon le par. 24(1), lorsque les éléments de preuve ont été obtenus conformément à la *Charte*, ils ne peuvent être exclus à titre de réparation que lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l'intégrité du système de justice. En l'espèce, l'atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière pouvait être réparée en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve. En outre, rien ne minait par ailleurs l'équité du procès ou l'intégrité du système de justice.

[4] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Les faits

[5] Le 23 décembre 2003, l'appelant est entré au Canada en provenance des États-Unis au volant d'un véhicule automobile. Il est passé par le poste frontalier de Del Bonita, en Alberta. Lors de la fouille du véhicule et de la remorque utilitaire qu'il tirait, les douaniers ont découvert environ 22 kilogrammes de cocaïne cachés dans deux tiroirs métalliques dissimulés derrière le pare-chocs de la remorque. L'appelant et son passager ont été accusés d'importation et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, infractions prévues par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

[6] Après les conférences préalables à l'enquête préliminaire, le ministère public a fait savoir que la communication de la preuve était pour ainsi dire achevée. Au terme de l'enquête préliminaire, l'appelant a plaidé non coupable et a choisi, le 28 février 2005, d'être jugé par un juge et un jury. La date du

the trial was adjourned at the request of the appellant because he had changed counsel. On February 14, 2006, a trial date of March 20, 2006, was also adjourned as neither counsel was ready to proceed. A new trial date of May 1, 2006, was set.

[7] On March 21, 2006, the Crown advised the appellant's counsel that disclosure of evidence concerning an accomplice was to be forthcoming. On March 24, 2006, the appellant re-elected for trial by judge alone. On March 29, 2006, the Crown disclosed a transcript of a videotaped *KGB* statement, taken on December 16, 2004, from one Robert Friedman, and indicated that Friedman would be called as a witness. On April 6, 2006, counsel for the appellant requested additional information pertaining to Friedman and the notes of the officers who dealt with Friedman, including the notes of Constable Semo and Constable Gillespie. On April 19, 2006, the Crown advised that it was aware of information concerning Constable Gillespie that was potentially relevant to the officer's credibility, character and ability to perform his duties during his involvement in the investigation of this matter and invited the appellant to bring an *O'Connor* application for access to this information.

[8] Also on April 19, 2006, the Crown provided the appellant with a five-page agreed statement of facts from another proceeding signed by another alleged accomplice, one Todd Holland, that was to be used in Holland's guilty plea and sentencing hearing. The Crown advised that it intended to call Holland as a witness at trial. Some further information was disclosed on April 22, 2006.

[9] By notice of motion before the trial judge, the appellant sought an order for a stay of proceedings on the grounds that his right to make full answer and defence had been prejudiced by the late disclosure of the evidence relating to Friedman and

procès a initialement été fixée au 14 novembre 2005. Le procès a toutefois été ajourné à la demande de l'appelant, parce qu'il avait changé d'avocat. Le 14 février 2006, le procès alors prévu pour le 20 mars 2006 a été reporté au 1er mai 2006, car aucun des avocats n'était prêt à procéder.

[7] Le 21 mars 2006, le ministère public a avisé l'avocat de l'appelant du fait que d'autres éléments de preuve allaient être communiqués relativement à un complice. Le 24 mars 2006, l'appelant a informé la cour qu'il choisissait désormais de subir son procès devant un juge seul. Le 29 mars 2006, le ministère public a communiqué la transcription d'une déclaration de type *KGB*, faite par un certain Robert Friedman et enregistrée sur bande vidéo le 16 décembre 2004 puis, a précisé que M. Friedman serait assigné comme témoin. Le 6 avril 2006, l'avocat de l'appelant a demandé des renseignements supplémentaires au sujet de M. Friedman ainsi que les notes des policiers qui l'ont rencontré, y compris celles des agents Semo et Gillespie. Le 19 avril 2006, le ministère public a fait savoir qu'il était au courant de l'existence de renseignements concernant l'agent Gillespie, susceptibles d'être pertinents quant à sa crédibilité, à son caractère et à sa capacité de s'acquitter de ses fonctions pendant l'enquête en cause en l'espèce, et a invité l'appelant à présenter une demande de type *O'Connor* afin d'y avoir accès.

[8] Toujours le 19 avril 2006, le ministère public a transmis à l'appelant un exposé conjoint des faits de cinq pages produit dans une autre instance et signé par un autre présumé complice, un certain Todd Holland. Le document devait être utilisé durant le procès de ce dernier, lors de l'audience consacrée à son plaidoyer de culpabilité et à la détermination de sa peine. Le ministère public a fait savoir qu'il avait l'intention de citer M. Holland comme témoin. D'autres renseignements ont été communiqués le 22 avril 2006.

[9] Par avis de requête déposé auprès du juge du procès, l'appelant a sollicité l'arrêt des procédures, faisait valoir que la communication tardive des éléments de preuve concernant MM. Friedman et Holland avait porté atteinte à son droit de présenter

Holland. The appellant asked, in the alternative, that the evidence of Friedman and Holland be excluded from the trial.

3. Decision of the Trial Judge

[10] On April 25, 2006, the trial judge ordered the exclusion of the evidence of Friedman and Holland. He held that the prejudice to the appellant resulted from the fact that,

on the eve of trial, counsel for the accused is left to speculate on what will be provided to him by way of final disclosure and how to mount a defence against an ever moving prosecution. . . .

. . .

The simple fact is, that on the eve of trial the applicant has been confronted with partial disclosure in relation to two potentially damaging witnesses. . . . A preliminary hearing has been held, the accused has been committed to stand trial, and elections and reelections have been made.

. . .

. . . The use of this evidence [of Friedman and Holland] at trial is unfair and prejudicial to the accused. It renders the process unfair.

[11] The trial judge found that the late disclosure of evidence did not result from misconduct by the Crown.

[12] On the issue of the appropriate remedy, the trial judge stated:

An adjournment of the matter is nothing more than a reward for the Crown's tardiness. . . .

. . .

. . . The proper remedy which address [*sic*] the accused's rights and balances those rights with the interest of society, is to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence.

une défense pleine et entière. À titre subsidiaire, l'appelant a demandé que les témoignages de MM. Friedman et Holland soient écartés du procès.

3. La décision du juge de première instance

[10] Le 25 avril 2006, le juge du procès a ordonné l'exclusion des témoignages de MM. Friedman et Holland. Il a conclu que le préjudice causé à l'appelant découlait du fait que,

[TRADUCTION] à la veille du procès, l'avocat de l'accusé ne peut que spéculer sur ce qui lui sera communiqué en définitive et sur la façon dont il pourra élaborer une défense pour répondre à une poursuite qui change sans cesse. . .

. . .

Le fait est que, à la veille du procès, le demandeur a été aux prises avec la communication partielle des éléments de preuve relatifs à deux témoins susceptibles de lui nuire. [. . .] Une enquête préliminaire a eu lieu, l'accusé a été renvoyé à procès et des choix quant au mode du procès ont été faits, puis modifiés.

. . .

. . . Le recours aux témoignages [de MM. Friedman et Holland] au procès est inéquitable et préjudiciable à l'accusé. Cela rend le processus injuste.

[11] Le juge du procès a conclu que la communication tardive d'éléments de preuve n'était pas le fruit d'une inconduite du ministère public.

[12] Sur la question de la réparation convenable, le juge du procès a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Un ajournement de l'instance n'est rien de plus qu'une récompense offerte au ministère public pour avoir agi tardivement. . .

. . .

. . . La réparation convenable, qui prend en considération les droits de l'accusé et qui les met en balance avec les intérêts de la société, consiste à remettre tant l'accusé que le ministère public dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant que le ministère public tente d'introduire les nouveaux éléments de preuve.

The trial proceeded and the appellant was acquitted.

4. Decision of the Court of Appeal, 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4

[13] The majority of the Court of Appeal held that the trial judge "committed a reviewable error . . . by failing to consider whether a less severe remedy than the exclusion of significant evidence could cure the harm done to the respondent by the late disclosure, while still preserving the integrity of the justice system" (para. 30). In this case, exclusion was not required to cure the harm to the appellant. It set aside the acquittal and ordered a new trial.

[14] Brooker J. (*ad hoc*), in dissent, held that the choice of the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* falls within the wide discretion of the trial judge. Absent the trial judge misdirecting himself or being so clearly wrong in his decision that it amounts to an injustice, there was no basis for appellate intervention in this case. He found that the trial judge considered the evidence and granted a remedy that balanced the rights of the appellant with the interests of society. He would have dismissed the appeal.

5. Standard of Review

[15] The trial judge's choice of remedy under s. 24(1) of the *Charter* is discretionary. However, the trial judge must exercise that discretion judicially. An appellate court will intervene where the trial judge has misdirected him or herself or where the trial judge's decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 117-18).

6. Determining an Appropriate Remedy Under Section 24(1)

[16] This appeal raises the issue of when the exclusion of evidence will be an appropriate remedy

Le procès a suivi son cours et l'appelant a été acquitté.

4. La décision de la Cour d'appel, 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4

[13] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge du procès a [TRADUCTION] « commis une erreur donnant lieu à révision [. . .] en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l'exclusion d'éléments de preuve importants pouvait réparer le tort causé à l'intimé par la communication tardive tout en préservant l'intégrité du système de justice » (par. 30). En l'espèce, il n'était pas nécessaire d'écarter les éléments de preuve pour réparer le tort causé à l'appelant. Les juges majoritaires ont annulé le verdict d'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[14] Dans ses motifs dissidents, le juge Brooker (*ad hoc*) a affirmé que le choix de la réparation convenable visée au par. 24(1) de la *Charte* relève du vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès. En l'absence d'une décision du juge du procès fondée sur des considérations erronées en droit ou erronée au point de créer une injustice, rien ne justifiait l'intervention en appel en l'espèce. Il a conclu que le juge du procès avait pris la preuve en considération et avait accordé une réparation qui mettait en balance les droits de l'appelant et les intérêts de la société. Il aurait rejeté l'appel.

5. La norme de contrôle

[15] Le choix de la réparation accordée en application du par. 24(1) de la *Charte* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, qui doit toutefois exercer ce pouvoir judiciairement. Une cour d'appel intervient lorsque le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou lorsque sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117-118).

6. La détermination d'une réparation convenable pour l'application du par. 24(1)

[16] Le présent pourvoi soulève la question de savoir quand l'exclusion d'éléments de preuve

under s. 24(1) of the *Charter* for late disclosure by the Crown.

[17] The remedy of exclusion of evidence will normally arise under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) applies to evidence obtained in a manner that infringes or denies a person the rights or freedoms granted by the *Charter*. But such evidence will only be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2) provides:

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.

[18] Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are flexible and contextual: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 41, 52 and 54-56. They address the most varied situations. Different considerations may come into play in the search for a proper balance between competing interests. Section 24(1) provides:

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.

[19] Here, we are concerned with aspects of the conduct of a criminal trial and of the operation of the justice system, where the courts have to pass upon the guilt or innocence of an accused. While the exclusion of evidence will normally be a remedy under s. 24(2), it cannot be ruled out as a remedy under s. 24(1). However, such a remedy will only be available in those cases where a less intrusive remedy cannot be fashioned to safeguard

constitue une réparation convenable pour l'application du par. 24(1) de la *Charte* pour remédier au tort causé lorsque le ministère public procède à une communication tardive d'éléments de preuve.

[17] La réparation qui consiste à écarter des éléments de preuve découlera normalement de l'application du par. 24(2) de la *Charte* qui s'applique aux éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*. Cependant, la preuve obtenue de la sorte ne sera écartée que si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2) prévoit :

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 et 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.

[18] Les réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* sont flexibles et contextuelles : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 41, 52 et 54-56. Elles visent à résoudre des situations on ne peut plus variées. Divers facteurs peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de mettre convenablement en balance des intérêts opposés. Le paragraphe 24(1) prévoit :

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.

[19] En l'espèce, nous sommes appelés à nous pencher sur la conduite d'un procès criminel et sur le fonctionnement du système de justice, dans le contexte où les tribunaux doivent se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé. Bien que l'exclusion d'éléments de preuve soit une réparation découlant normalement de l'application du par. 24(2), elle ne peut être écarté d'emblée comme réparation pouvant être accordée en application du

the fairness of the trial process and the integrity of the justice system.

[20] Before being entitled to a remedy under s. 24(1), the party seeking such a remedy must establish a breach of his or her *Charter* rights. In a case of late disclosure, the underlying *Charter* infringement will normally be to s. 7. Section 7 of the *Charter* protects the right of the accused to make full answer and defence. In order to make full answer and defence, the Crown must provide the accused with complete and timely disclosure: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The purpose underlying the Crown's obligation to disclose is explained by Rosenberg J.A. in *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, at para. 26:

> Put simply, disclosure is a means to an end. Full prosecution disclosure is to ensure that the accused receives a fair trial, that the accused has an adequate opportunity to respond to the prosecution case and that in the result the verdict is a reliable one.

[21] However, the Crown's failure to disclose evidence does not, in and of itself, constitute a violation of s. 7. Rather, an accused must generally show "actual prejudice to [his or her] ability to make full answer and defence" (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 74) in order to be entitled to a remedy under s. 24(1).

[22] While the accused must receive a fair trial, the trial must be fair from both the perspective of the accused and of society more broadly. In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, McLachlin J. (as she then was) provided guidance on what is meant by trial fairness. She stated, at para. 45, that:

> At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with the most advantageous trial possible from

par. 24(1). Cependant, seules les circonstances où il est impossible de concevoir une réparation moins draconienne pour sauvegarder l'équité du procès et l'intégrité du système de justice donnent ouverture à une telle réparation.

[20] Avant d'avoir droit à une réparation visée au par. 24(1), la partie qui la demande doit prouver une violation de ses droits garantis par la *Charte*. En cas de communication tardive, il y a normalement atteinte sous-jacente aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* qui protège le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour que l'accusé puisse se prévaloir de ce droit, le ministère public doit lui communiquer l'ensemble de la preuve en temps utile : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Au paragraphe 26 de l'arrêt *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, le juge Rosenberg explique l'objectif sous-jacent de l'obligation de communiquer qui incombe au ministère public :

> [TRADUCTION] En termes simples, la communication est un moyen de parvenir à une fin. En effet, la communication intégrale par le ministère public sert à garantir que l'accusé subit un procès équitable, qu'il a une chance réelle de répondre à la preuve de la poursuite et que, en définitive, le verdict est fiable.

[21] Toutefois, l'omission par le ministère public de communiquer des éléments de preuve ne constitue pas, en soi, une violation de l'art. 7. En effet, pour avoir droit à une réparation en application du par. 24(1), l'accusé devra généralement faire la preuve d'« un préjudice véritable quant à la possibilité pour [lui] de présenter une défense pleine et entière » (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 74).

[22] S'il est vrai que l'accusé doit subir un procès équitable, le procès doit être équitable tant du point de vue de l'accusé que de celui de la société dans son ensemble. Au paragraphe 45 de l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a indiqué ce qu'on entend par procès équitable :

> Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de

the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness for the accused. [Emphasis added.]

[23] Apart from ensuring trial fairness, there is one other circumstance in which late disclosed evidence might be excluded. That is where to admit the evidence would compromise the integrity of the justice system.

[24] Thus, a trial judge should only exclude evidence for late disclosure in exceptional cases: (a) where the late disclosure renders the trial process unfair and this unfairness cannot be remedied through an adjournment and disclosure order or (b) where exclusion is necessary to maintain the integrity of the justice system. Because the exclusion of evidence impacts on trial fairness from society's perspective insofar as it impairs the truth-seeking function of trials, where a trial judge can fashion an appropriate remedy for late disclosure that does not deny procedural fairness to the accused and where admission of the evidence does not otherwise compromise the integrity of the justice system, it will not be appropriate and just to exclude evidence under s. 24(1).

[25] This view is reflected in cases such as *O'Connor* that have considered whether a stay is the appropriate remedy for late or insufficient disclosure under s. 24(1). As L'Heureux-Dubé J., for the majority, stated in *O'Connor*, at para. 83:

In such circumstances [of late or insufficient Crown disclosure and a consequent s. 7 breach], the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Although the remedy for such a violation will typically be a disclosure order and adjournment, there may be some extreme cases where the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence or to

vue de l'accusé : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. [Je souligne.]

[23] Mis à part les cas où elle sert à garantir l'équité du procès, l'exclusion d'éléments de preuve communiqués tardivement peut être ordonnée pour un autre motif : si leur utilisation portait atteinte à l'intégrité du système de justice.

[24] Ainsi, un juge de première instance ne devrait écarter des éléments de preuve communiqués tardivement que dans des cas exceptionnels : a) lorsque la communication tardive rend le procès inéquitable et qu'il ne peut être remédié à cette iniquité grâce à un ajournement et à une ordonnance de communication ou b) lorsque l'exclusion est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice. Puisque l'exclusion d'éléments de preuve a une incidence sur l'équité du procès du point de vue de la société, dans la mesure où elle entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, lorsque le juge du procès peut concevoir une réparation convenable — pour pallier la communication tardive — qui ne prive pas l'accusé de l'équité procédurale et lorsque l'utilisation des éléments de preuve ne porte par autrement atteinte à l'intégrité du système de justice, il ne sera ni convenable ni juste de les exclure en application du par. 24(1).

[25] Ce point de vue ressort de certains jugements, tel *O'Connor*, où les tribunaux se sont demandé si l'arrêt des procédures constitue la réparation convenable visée au par. 24(1) lorsque le ministère public procède à une communication tardive ou insuffisante. Comme l'a affirmé la juge L'Heureux-Dubé, au nom des juges majoritaires, au par. 83 de l'arrêt *O'Connor* :

Dans ces circonstances [où la communication tardive ou insuffisante d'éléments de preuve par le ministère public entraîne une violation de l'art. 7], la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Bien que, dans le cas d'une telle violation, la réparation soit typiquement une ordonnance de divulgation et un ajournement, il peut y avoir des cas extrêmes où le

the integrity of the justice system is irremediable. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate.

[26] This statement recognized that the appropriate focus in most cases of late or insufficient disclosure under s. 24(1) is the remediation of prejudice to the accused, but that safeguarding of the integrity of the justice system will also be a relevant concern. Of course the prejudice complained of must be material and not trivial. For example, the exclusion of evidence may be warranted where the evidence is produced mid-trial after important and irrevocable decisions about the defence have been made by the accused. Even then, it is for the accused to demonstrate how the late disclosed evidence would have affected the decisions that were made. For purposes of trial fairness, only where prejudice cannot be remedied by an adjournment and disclosure order will exclusion of evidence be an appropriate and just remedy.

[27] There may also be instances where an adjournment and disclosure order may not be appropriate because admission of evidence compromises the integrity of the justice system. For example, as Rosenberg J.A. stated in *Horan*, at para. 31:

In some cases, an adjournment may not be an appropriate or just remedy if the result would be to unreasonably delay the trial of an in-custody accused. In such a case, an appropriate remedy could be exclusion of the undisclosed evidence. However, the burden is on the accused to demonstrate that exclusion of the evidence was appropriate.

In other words, where an accused is in pre-trial custody, an adjournment that significantly prolongs the custody before trial may be seen as compromising the integrity of the justice system. The exclusion of evidence may also be an appropriate and just

préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou à l'intégrité du système judiciaire soit irréparable. Dans ces « cas les plus manifestes », l'arrêt des procédures sera approprié.

[26] Cette affirmation reconnaît que, dans la plupart des cas de communication tardive ou insuffisante, l'analyse fondée sur le par. 24(1) doit être centrée sur la réparation du préjudice causé à l'accusé, même si la sauvegarde de l'intégrité du système de justice est aussi un facteur pertinent. Bien entendu, le préjudice allégué doit être important et non pas insignifiant. Par exemple, l'exclusion de certains éléments de preuve peut être justifiée lorsqu'ils sont produits à mi-procès, après que l'accusé a pris des décisions importantes et irrévocables quant à sa défense. Toutefois, même dans ces cas, c'est à l'accusé que revient le fardeau de démontrer comment les éléments de preuve communiqués tardivement auraient influé sur les décisions qui ont été prises s'ils avaient été communiqués en temps utile. Pour assurer l'équité des procès, ce n'est que lorsqu'il ne peut être remédier au préjudice en ordonnant l'ajournement de l'instance et la communication de la preuve que l'exclusion des éléments de preuve constituera une réparation convenable et juste.

[27] Il se pourrait aussi que, dans certains cas, ordonner l'ajournement de l'instance et la communication de la preuve ne constitue pas une réparation convenable parce que l'utilisation des éléments de preuve compromettrait l'intégrité du système de justice. À titre d'exemple, comme l'a affirmé le juge Rosenberg de la Cour d'appel au par. 31 de l'arrêt *Horan* :

[TRADUCTION] Dans certains cas, un ajournement pourrait ne pas constituer une réparation convenable et juste si le procès d'un accusé placé sous garde subissait pour cette raison un retard déraisonnable. Dans un tel cas, l'exclusion des éléments de preuve non communiqués pourrait constituer une réparation convenable. Cependant, il incombe à l'accusé de prouver que l'exclusion est convenable.

Autrement dit, lorsque l'accusé est placé sous garde avant procès, un ajournement qui prolonge considérablement la détention avant procès pourrait sembler compromettre l'intégrité du système de justice. L'exclusion d'éléments de preuve peut aussi

remedy where the Crown has withheld evidence through deliberate misconduct amounting to an abuse of process. Yet even in such circumstances, society's interest in a fair trial that reaches a reliable determination of the accused's guilt or innocence based on all of the available evidence cannot be ignored. This will especially be true where the underlying offense is a serious one: see *O'Connor*, at para. 78. In clear cases, however, the exclusion of evidence may be an appropriate and just remedy under s. 24(1) in order to preserve the integrity of the justice system.

7. Application to the Facts

[28] There is no doubt that the late disclosure to the appellant in this case was prejudicial to his right to make full answer and defence. However, there is no suggestion that the police in this case obtained the impugned evidence in breach of the *Charter*. Section 24(1), and not s. 24(2), was therefore the appropriate remedial provision through which to remedy the prejudice to the appellant.

[29] There was also no finding of deliberate Crown misconduct or any other reason to believe that the integrity of the justice system was compromised. In this case, on the motion before the trial judge, the Crown submitted that the impugned evidence was not disclosed to the appellant earlier because of concerns that to do so would imperil a witness and compromise an ongoing investigation. While the trial judge did not accept that the Crown's concerns were well-founded in this case, he did not find that the Crown had engaged in deliberate misconduct. Rather, he stated clearly, "I do not suggest the Crown has been unethical or malicious." There is no suggestion that the appellant was held in pretrial custody.

[30] The question is, having regard to the interest of society in a fair trial, whether the prejudice to

constituer une réparation convenable et juste lorsque le ministère public a retenu les éléments de preuve par suite d'une inconduite délibérée équivalant à un abus de procédure. Il n'empêche que, même dans de telles circonstances, on ne peut ignorer l'intérêt de la société à ce qu'un procès équitable détermine de manière fiable la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sur la foi de tous les éléments de preuve existants. Cela s'avère, surtout lorsque l'infraction sous-jacente est grave : voir *O'Connor*, par. 78. Toutefois, dans les cas clairs, l'exclusion d'éléments de preuve peut constituer une réparation convenable et juste en l'application du par. 24(1) afin de préserver l'intégrité du système de justice.

7. L'application aux faits

[28] Il ne fait aucun doute que la communication tardive d'éléments de preuve à l'appelant était préjudiciable à son droit de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, en l'espèce, rien n'indique que les policiers ont obtenu ces éléments de preuve en contravention de la *Charte*. Le paragraphe 24(1), et non le par. 24(2), était donc la disposition réparatrice à appliquer pour remédier au préjudice causé à l'appelant.

[29] Le juge du procès n'a pas non plus conclu à une inconduite délibérée du ministère public ou à l'existence d'un autre motif de croire que l'intégrité du système de justice était compromise. En l'espèce, en réponse à la requête dont a été saisi le juge du procès, le ministère public a fait valoir que les éléments de preuve en cause n'avaient pas été communiqués plus tôt à l'appelant de crainte qu'une telle communication ne mette un témoin en danger et ne compromette une enquête en cours. Même si le juge du procès a conclu que les préoccupations du ministère public n'étaient pas fondées en l'espèce, il n'a pas conclu à une inconduite délibérée de ce dernier. Il a plutôt affirmé clairement : [TRADUCTION] « Je ne suggère pas que le ministère public ait agi sans éthique ou malicieusement. » Rien ne laisse croire par ailleurs que l'appelant ait été mis sous garde avant procès.

[30] La question à trancher est celle de savoir si, compte tenu de l'intérêt de la société pour que soit

the appellant could have been cured by an adjournment and disclosure order. The trial judge's concern was that an adjournment would simply be a reward to the Crown for its late disclosure. However, the integrity of the justice system was not at issue. Therefore, the trial judge had only to consider whether an adjournment and disclosure order was an appropriate remedy to cure the actual prejudice to the appellant's right to a fair trial. This the trial judge did not do.

tenu un procès équitable, il aurait pu être remédié au préjudice causé à l'appelant en ordonnant un ajournement de l'instance et la communication de la preuve. Le juge du procès craignait qu'un ajournement constitue en fait une récompense offerte au ministère public pour la communication tardive. Pourtant, l'intégrité du système de justice n'était pas en cause. Le juge du procès devait donc se contenter de se demander si un ajournement de l'instance et une ordonnance de communication de la preuve constituaient une réparation convenable pour pallier l'atteinte réelle au droit de l'appelant à un procès équitable. Le juge du procès ne l'a pas fait.

[31] The appellant argued that his right to a fair trial was prejudiced because he obtained disclosure only after he elected trial by judge alone. As pointed out by the majority in the Court of Appeal however, he knew that disclosure would be forthcoming before he elected and, in any event, the opportunity to re-elect could have formed part of the s. 24(1) remedial order.

[31] L'appelant a soutenu qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable parce qu'il a obtenu la communication des éléments de preuve seulement après avoir opté pour un procès devant un juge seul. Toutefois, comme l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel, il savait avant de faire son choix que des renseignements lui seraient communiqués sous peu et, de toute façon, l'ordonnance réparatrice fondée sur le par. 24(1) aurait pu prévoir la possibilité de faire un nouveau choix.

[32] The appellant also says that his right to a fair trial was prejudiced because he was denied the right to cross-examine Friedman and Holland at a preliminary hearing. Cross-examining a witness at a preliminary hearing, however, is not a component of the right to make full answer and defence. What is protected under s. 7 is the right to make full answer and defence at trial, not the right to cross-examine a witness at a preliminary hearing.

[32] L'appelant prétend également qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger MM. Friedman et Holland à l'enquête préliminaire. Or, ce droit n'est pas une composante du droit de présenter une défense pleine et entière. L'article 7 protège le droit de présenter une défense pleine et entière au procès, et non le droit de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire.

[33] In *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), Martin J.A. considered whether the *Charter* afforded the accused a right to question a witness at a preliminary inquiry. The case against the accused was proceeding by direct indictment. As a result, no preliminary inquiry was held and the accused had no opportunity to cross-examine a "key witness" (p. 562). The Crown had provided the accused with the testimony of this witness at the preliminary inquiry of an accomplice of the accused as well as that same witness's testimony from the accomplices' trial. The Crown had further provided the accused with other statements that had

[33] Dans *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), le juge Martin s'est demandé si la *Charte* accordait à l'accusé le droit d'interroger un témoin à l'enquête préliminaire. Dans cette affaire, comme le ministère public avait procédé par voie de mise en accusation directe, aucune enquête préliminaire n'avait été tenue et l'accusé n'avait pas eu l'occasion de contre-interroger un [TRADUCTION] « témoin clé » (p. 562). Le ministère public avait fourni à l'accusé la déposition de ce témoin à l'enquête préliminaire d'un de ses complices ainsi que le témoignage livré par ce même témoin lors du procès des complices. Le ministère public avait également

been made by the witness, including a videotaped statement that the witness had made to the police (pp. 561-62).

[34] Martin J.A. stated, at pp. 560 and 562:

The constitutional standard which a criminal trial must satisfy under s. 7 of the Charter is the standard encompassed by the concept "the principles of fundamental justice". The so-called "right" to a preliminary hearing is not elevated to a constitutional right under the Charter. . . .

. . .

. . . We are not prepared to hold and, in our view, are not entitled to hold, that the failure to provide the opportunity to cross-examine, even a key witness, prior to the giving of evidence by that witness at the trial, *per se*, contravenes the Charter, where full disclosure of the Crown's case and of the witness's evidence has been made.

I agree with the principle expressed by Martin J.A. There is no independent *Charter* right to cross-examine a witness at a preliminary inquiry. As stated above, s. 7 of the *Charter* protects the right of the accused to make full answer and defence. As indicated, in order to make full answer and defence, the Crown must provide the accused with disclosure (see *Stinchcombe*). However, this does not mean that the accused has a *Charter* right to a particular method of disclosure.

[35] In *R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81, the Saskatchewan Court of Appeal considered whether, in light of this Court's decision in *Stinchcombe*, the accused had a *Charter* right to cross-examine a witness at a preliminary inquiry. After endorsing the judgment of Martin J.A. in *Arviv*, Wakeling J.A., concurring, said, at para. 77:

The principle appears to have been established that production of witnesses, which is what a preliminary hearing produces, is not an essential component of fundamental justice so long as full disclosure is otherwise given by the Crown.

remis à l'accusé d'autres déclarations faites par le témoin, y compris une déclaration enregistrée sur bande vidéo faite aux policiers (p. 561-562).

[34] Le juge Martin s'est exprimé ainsi aux p. 560 et 562 :

[TRADUCTION] Aux termes de l'art. 7 de la Charte, la norme constitutionnelle que doit respecter un procès en matière criminel est celle visée par les « principes de justice fondamentale ». Le soi-disant « droit » à une enquête préliminaire n'est pas élevé au rang de droit constitutionnel garanti par la Charte. . .

. . .

. . . Nous ne sommes pas prêts à conclure — et, à notre avis, nous ne sommes pas autorisés à conclure — que le défaut de fournir la possibilité de contre-interroger, même un témoin clé, avant sa déposition au procès viole en soi la Charte, lorsqu'il y a eu communication complète de la preuve du ministère public et du témoin.

Je suis d'accord avec le principe exprimé par le juge Martin. Il n'existe aucun droit distinct conféré par la *Charte* de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire. Je le répète, l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et, pour que l'accusé puisse se prévaloir de ce droit, le ministère public est tenu de lui communiquer la preuve (voir *Stinchcombe*). Cela ne signifie pas pour autant que la *Charte* garantit à l'accusé le droit à une méthode particulière de communication.

[35] Dans *R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81, la Cour d'appel de la Saskatchewan a examiné la question de savoir si, compte tenu de l'arrêt *Stinchcombe*, de notre Cour, la *Charte* garantissait à l'accusé le droit de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire. Après avoir souscrit au jugement du juge Martin dans *Arviv*, le juge Wakeling — rédigeant des motifs concordants — a écrit ce qui suit au par. 77 :

[TRADUCTION] Il semble avoir été établi que la comparution de témoins, ce à quoi donnent lieu les enquêtes préliminaires, n'est pas un élément essentiel de la justice fondamentale pour autant que le ministère public communique par ailleurs toute la preuve.

[36] Although the primary purpose of the preliminary inquiry is to enable a provincial court judge to determine whether an accused should be committed for trial, as noted by Martin J.A. in *Arviv*, at p. 560, "the preliminary hearing does serve the ancillary purpose of providing a discovery of the Crown's case". However, if Crown disclosures are otherwise complete, then the accused's s. 7 right has not been infringed by his not being able to cross-examine a witness at a preliminary hearing. The discovery purpose of the preliminary inquiry has been met through other means, such as providing the accused with witness statements.

[37] In the present case, the Crown provided the appellant with disclosure, albeit late. In light of the fact that disclosure was ultimately provided to the appellant, the appellant's s. 7 right to make full answer and defence was not infringed by his inability to cross-examine the potential Crown witnesses at a preliminary hearing. The appellant was provided with a transcript of a videotaped *KGB* statement of one accomplice, as well as an agreed statement of facts that formed the basis for a guilty plea and sentencing of the other accomplice. This material provided the appellant with sufficient disclosure of the Crown's case against him. The appellant could make full answer and defence as guaranteed by s. 7 of the *Charter* without the need to cross-examine these witnesses at a preliminary inquiry. The prejudice resulting to the appellant from this late Crown disclosure would therefore have been cured by an adjournment to provide the appellant with an opportunity to consider this new evidence against him.

[38] Unlike the exclusion of the impugned evidence ordered by the trial judge, an adjournment would have preserved society's interest in a fair trial while still curing the prejudice to the accused. Had he properly directed himself, this should have been the remedy ordered.

[36] Bien que l'objectif premier de l'enquête préliminaire soit de permettre au juge d'une cour provinciale de décider si un accusé devrait être renvoyé à procès, comme l'a souligné le juge Martin dans *Arviv*, à la p. 560, [TRADUCTION] « l'enquête préliminaire sert accessoirement à communiquer la preuve du ministère public ». Toutefois, si la communication de la preuve du ministère public est par ailleurs complète, le droit de l'accusé garanti par l'art. 7 n'a pas été violé du fait qu'il n'a pas pu contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire. L'objectif de la communication à l'enquête préliminaire a été atteint par d'autres moyens, notamment par la fourniture de déclarations des témoins à l'accusé.

[37] En l'espèce, même s'il l'a fait tardivement, le ministère public a communiqué la preuve à l'appelant. Comme ce dernier a finalement obtenu cette communication, son droit garanti à l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière n'a pas été violé du fait qu'il n'a pas pu contre-interroger les témoins potentiels du ministère public lors de l'enquête préliminaire. L'appelant a reçu la transcription d'une déclaration de type *KGB* enregistrée sur bande vidéo faite par un de ses complices ainsi qu'un exposé conjoint des faits sur lequel est fondé le plaidoyer de culpabilité et la peine de l'autre complice. Ces documents fournis à l'appelant constituaient une communication suffisante de la preuve que le ministère public entendait présenter contre lui. L'appelant pouvait présenter une défense pleine et entière, comme le garantit l'art. 7 de la *Charte*, sans avoir besoin de contre-interroger ces témoins à l'enquête préliminaire. Le préjudice causé à l'appelant en raison de la communication tardive de la preuve par le ministère public aurait donc pu être réparé par un ajournement. Une telle mesure aurait permis à l'appelant d'examiner les nouveaux éléments de preuve présentés contre lui.

[38] Contrairement à l'exclusion des éléments de preuve en cause ordonnée par le juge du procès, un ajournement aurait protégé l'intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable tout en réparant le préjudice causé à l'accusé. Si le juge du procès ne s'était pas fondé sur des considérations erronées, il aurait ordonné cette réparation.

8. Conclusion

[39] By ordering exclusion of evidence, the trial judge did not impose an appropriate and just remedy when an adjournment and disclosure order would have sufficiently addressed the prejudice to the appellant while preserving society's interest in a fair trial. I am of the respectful opinion that, in doing so, the trial judge misdirected himself.

[40] I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

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

FISH J. (dissenting) —

I

[41] The order of the trial judge that concerns us here is subject to appellate interference only if the Court abandons the governing principles adopted by the Court itself nearly a quarter-century ago — and has since then repeatedly and consistently applied. I would decline to do so.

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

8. Conclusion

[39] En ordonnant l'exclusion des éléments de preuve, le juge du procès n'a pas accordé une réparation convenable et juste puisqu'un ajournement et une ordonnance de communication auraient suffisamment réparé le préjudice causé à l'appelant tout en préservant l'intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable. Avec égards, j'estime que le juge du procès a ainsi commis une erreur de droit.

[40] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès.

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

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[41] L'ordonnance du juge de première instance faisant l'objet du présent pourvoi ne peut être modifiée en appel que si la Cour abandonne les principes applicables qu'elle a elle-même établis il y a près d'un quart de siècle — et qu'elle a depuis lors appliqués invariablement et à maintes reprises. Je m'abstiendrai de le faire.

[42] Voici un résumé des principes en question. Sur présentation d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dès lors qu'une violation a été établie, le juge du procès doit accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». La réparation doit assurer la protection des droits du demandeur, être équitable pour la partie visée par l'ordonnance et tenir compte de toutes les autres circonstances pertinentes. Un tribunal d'appel peut modifier la décision rendue par un juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire uniquement si ce dernier a commis une erreur de droit ou rendu une décision injuste. Cela est particulièrement vrai s'il s'agit d'une réparation accordée par un juge de première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* dont le libellé même confère le *plus vaste pouvoir discrétionnaire possible* à ce

have granted a more generous or more limited remedy.

[43] Justice Rothstein would confine the broad and unfettered discretion of trial judges under s. 24(1) of the *Charter* to two narrow circumstances. In my respectful view, this proposed change in the law is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1) of the *Charter*.

[44] With respect, moreover, the new standard proposed by my colleague is inappropriate for other reasons as well.

[45] First, it introduces for exclusion of evidence as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* the same exacting standard that until now has been uniquely reserved for a far more drastic remedy — a stay of proceedings. At best, this fusion of the formerly distinct tests invites confusion regarding their application to the two distinct remedies. At worst, the fused test eliminates exclusion of evidence as a live option under s. 24(1).

[46] Second, the test for exclusion proposed by my colleague takes no account of the *nature* of the constitutional violation or infringement, limiting the remedy of exclusion without regard to which *Charter* right or freedom has been abridged.

[47] Third, the proposed test regulates the discretionary remedy of exclusion under s. 24(1) of the *Charter* more closely, and more intrusively, than an order of exclusion under s. 24(2). This strikes me as particularly incongruous: The plain language of both provisions makes it perfectly clear that a trial judge's discretion under s. 24(1) is *broader*, not *narrower*, than under s. 24(2). Moreover, under

dernier. Enfin, les tribunaux d'appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu'ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée.

[43] Le juge Rothstein limiterait à deux cas précis l'exercice du pouvoir discrétionnaire général et absolu que le par. 24(1) de la *Charte* confère aux juges de première instance. Avec égards, j'estime que le changement proposé au droit n'est pas justifié et est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1) de la *Charte*.

[44] En outre, selon moi, d'autres raisons permettent de conclure que le nouveau critère proposé par mon collègue est inapproprié.

[45] Premièrement, le test proposé soumet l'exclusion d'éléments de preuve — en tant que mesure réparatrice accordée en application du par. 24(1) de la *Charte* — aux normes exigeantes ayant jusqu'à maintenant été réservées à une mesure réparatrice beaucoup plus draconienne : l'arrêt des procédures. Dans le meilleur scénario, la fusion de deux critères auparavant distincts jette de la confusion quant à l'application de deux mesures réparatrices distinctes. Dans le pire scénario, les critères amalgamés écartent l'exclusion d'éléments de preuve en tant que mesure réparatrice visée par le par. 24(1).

[46] Deuxièmement, le test applicable pour décider de l'exclusion d'éléments de preuve proposé par mon collègue ne tient pas compte de la *nature* de l'atteinte ou de la violation constitutionnelle, en ce qu'il restreint son application sans égard au droit ou à la liberté garanti par la *Charte* ayant été violé.

[47] Troisièmement, le test proposé assujettit la mesure réparatrice discrétionnaire consistant à exclure des éléments de preuve en application du par. 24(1) de la *Charte* à des règles plus précises et plus envahissantes que celles qui régissent une ordonnance d'exclusion rendue en application du par. 24(2). Cela me paraît particulièrement incongru : en effet, il est parfaitement clair suivant le

the narrow test proposed by my colleague, trial courts would be *precluded* from granting exclusion as a remedy under s. 24(1), yet *required* by the panoply of factors just recently set out in *Grant* to order exclusion under s. 24(2) in analogous circumstances. See *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, particularly at para. 71.

[48] For these reasons and for the reasons that follow, I agree with Brooker J. (*ad hoc*), dissenting in the Court of Appeal (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4), that the trial judge committed no reviewable error in exercising his discretion as he did.

[49] With respect for those who are of a different view, I would therefore allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the verdict at trial.

II

[50] It is undisputed that the appellant's constitutional right to timely disclosure, guaranteed by s. 7 of the *Charter*, was infringed by the Crown in this case. And it is undisputed as well that the appellant was therefore entitled to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[51] The Court has made it clear, time and time again, that orders under s. 24(1) should be disturbed on appeal "only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice": *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117. Justice Rothstein, at para. 15, reaffirms this standard of review.

libellé des deux dispositions que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès visé au par. 24(1) est *plus large*, et non *plus restreint*, que celui que lui confère le par. 24(2). De plus, le test étroit proposé par mon collègue aurait pour effet *d'empêcher* les tribunaux de première instance d'ordonner l'exclusion d'éléments de preuve à titre de réparation en application du par. 24(1), bien que cette mesure soit *nécessaire* compte tenu de la panoplie des facteurs tout récemment énoncés dans l'arrêt *Grant* pour ordonner l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) dans des circonstances similaires. Voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, plus particulièrement au par. 71.

[48] Pour ces motifs et pour les motifs qui suivent, je souscris à l'opinion du juge Brooker (*ad hoc*), dissident en Cour d'appel (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4), selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[49] Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir le verdict prononcé au procès.

II

[50] Nul ne conteste que, en l'espèce, le ministère public a porté atteinte au droit fondamental de l'appelant, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, d'obtenir communication de la preuve en temps utile. Personne ne conteste non plus que l'appelant avait donc droit à une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

[51] À maintes reprises, notre Cour a clairement indiqué que les ordonnances rendues en application du par. 24(1) ne devraient être modifiées en appel « que si [le juge du procès] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117. Le juge Rothstein, au par. 15, confirme cette norme de contrôle.

[52] There is no suggestion in Justice Rothstein's reasons that the trial judge in this case exercised his discretion unreasonably or in a manner that amounted to an injustice. Rather, my colleague finds that the trial judge, in excluding the previously undisclosed evidence, erred in law. As I stated at the outset, the trial judge's exercise of discretion in this regard can properly be characterized as an error of law *only if we change the law.* And with the greatest of respect, as likewise stated at the outset, I believe the change in the law proposed by Justice Rothstein is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1) of the *Charter.*

[53] The full extent of a trial judge's discretion in crafting a remedy under s. 24(1) was recognized by the Court in the earliest days of the *Charter,* and has since then been reaffirmed in the clearest of terms:

> It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion [than that of s. 24(1)]. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

(*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. Cited with approval in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 24, 50 and 52; in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, *per* La Forest J., at p. 640; and again in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575.)

[54] As if for added emphasis, McLachlin C.J., speaking for the Court in *974649 Ontario*, at para. 18, described s. 24(1) as "confer[ring] the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights".

[52] Rien dans les motifs du juge Rothstein ne donne à penser que, en l'espèce, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable ou de façon à créer une injustice. Mon collègue a plutôt conclu que le juge du procès a commis une erreur en excluant les éléments de preuve que le ministère public n'avait pas communiqués antérieurement. Comme je l'ai dit au départ, *ce n'est que si nous modifions le droit* que la façon dont le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire peut être considérée comme une erreur de droit. Et, en toute déférence, comme je l'ai également signalé au début des présents motifs, j'estime que le changement proposé au droit par le juge Rothstein n'est pas justifié et est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1) de la *Charte.*

[53] Dès les premiers jours d'existence de la *Charte* et depuis, en termes on ne peut plus clairs, notre Cour a reconnu l'existence du vaste pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges du procès afin de concevoir une réparation pour l'application du par. 24(1) :

> Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu [que celui qui est conféré par le par. 24(1)]. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

(*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965-966. Cité avec approbation dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24, 50 et 52; dans *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, le juge La Forest, p. 640; et également dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575.)

[54] Comme si elle souhaitait insister sur ce point, la juge en chef McLachlin, qui s'exprimait au nom de la Cour dans *974649 Ontario*, a indiqué au par. 18 de ses motifs que le par. 24(1) « accord[e] au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d'élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte* ».

[55] Justice Rothstein proposes that this broad and unfettered discretion be henceforth narrowly constrained. Under my colleague's novel approach — I say "novel" because it is entirely unsupported by precedent — evidence may be excluded as a remedy under s. 24(1) of the *Charter in two circumstances only*: (1) where its admission would result in an unfair trial and the unfairness cannot be remedied by any lesser remedy; or (2) where exclusion of the evidence is necessary to preserve the integrity of the justice system (paras. 23, 24 and 27). And this second exceptional circumstance is itself limited to "clear cases" where countervailing interests — such as society's interest in having all available evidence presented at trial — are outweighed (para. 27).

[55] Le juge Rothstein propose que ce pouvoir discrétionnaire large et absolu soit à l'avenir étroitement circonscrit. Suivant la nouvelle approche proposée par mon collègue, — je la qualifie de « nouvelle » parce qu'elle ne trouve aucun appui dans la jurisprudence — des éléments de preuve peuvent être exclus à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte dans deux cas seulement* : (1) si leur utilisation en preuve est susceptible de rendre le procès inéquitable et que l'iniquité ne peut être corrigée en accordant une réparation moins draconienne ou (2) lorsque l'exclusion des éléments de preuve est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice (par. 23, 24 et 27). En outre, cette deuxième situation exceptionnelle ne vise que les « cas clairs » dans lesquels des intérêts opposés — comme l'intérêt qu'a la société à ce que tous les éléments de preuve disponibles soient présentés lors du procès — l'emportent (par. 27).

[56] In short, the *Charter* entitles anyone whose rights or freedoms have been infringed "to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". This "widest possible discretion" is subject to appellate interference, as we have seen, "only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice" (*Regan*, at para. 117). There is no suggestion, I repeat, that the trial judge's decision in this case amounted to an injustice. On the contrary, the trial judge exercised his discretion reasonably, and well within the broad limits fixed by the *Charter* and the governing principles set out in *Mills* and its progeny.

[56] En bref, la *Charte* permet à toute personne dont les droits ou les libertés ont été violés d'« obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Comme nous l'avons vu, une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du « plus vaste pouvoir discrétionnaire possible » que « si [le juge de première instance] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Regan*, par. 117). Je le répète, rien ne donne à penser que, en l'espèce, la décision du juge du procès a créé une injustice. Au contraire, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement et bien à l'intérieur des larges limites fixées par la *Charte* et par les principes applicables énoncés dans *Mills* et dans les arrêts qui l'ont suivi.

[57] Accordingly, my purpose here is not to defend the trial judge's choice of remedy. It requires no further defence. My purpose, rather, is to uphold the trial judge's constitutional authority, under s. 24(1) of the *Charter, to make that choice*. If the discretion were theirs to exercise, some judges might well have chosen instead to order disclosure and adjourn the proceedings. But we are not entitled to intervene for that reason:

[57] Par conséquent, je ne cherche pas à défendre la mesure réparatrice que le juge du procès a choisie et qu'il n'est nul besoin de défendre davantage. Je cherche plutôt à maintenir le pouvoir que la *Charte* lui confère au moyen du par. 24(1), *d'effectuer un tel choix*. S'ils avaient été appelés à exercer leur pouvoir discrétionnaire, certains juges auraient fort bien pu plutôt choisir d'ajourner le procès et d'ordonner la communication des éléments de preuve. Mais nous n'avons pas le droit d'intervenir sur ce fondement :

The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way.

(*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministry of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 76, quoting *Charles Osenton and Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), at p. 138.)

[58] An appellate court that would have exercised original discretion as the trial judge did will rarely be tempted to tamper with the law as it stands. The temptation, I fear, is far greater, where the appellate court might have been inclined to exercise its discretion differently. Disagreement, particularly strong disagreement, invites caution: A reviewing court must not, on account of its disagreement alone, place trial judges offside by redrawing the established boundaries of their discretion.

[59] I think it better by far for an appellate court to affirm a discretionary decision with which it disagrees than to reverse it impermissibly by adopting, *ex post facto*, a more regimented framework that might have resulted in what it regards as a preferable result at trial. In the context that concerns us here, the law as it stands does not authorize us to intervene in the impugned decision of the trial judge. And the proposed change in the law, while it would prevent trial judges in future cases from exercising their discretion as the trial judge did here, would at the same time hypothecate their constitutional duty, under s. 24(1) of the *Charter*, to fashion appropriate and just remedies in circumstances we cannot anticipate.

III

[60] It is true that in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the Court limited access to a particular

[TRADUCTION] Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente.

(*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76, citant *Charles Osenton and Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), p. 138.)

[58] Un tribunal d'appel qui aurait exercé le pouvoir discrétionnaire original comme le juge du procès l'a fait sera rarement tenté de modifier le droit applicable. La tentation, je le crains, est beaucoup plus forte dans les situations où le tribunal d'appel aurait probablement exercé son pouvoir discrétionnaire différemment. En cas de désaccord, particulièrement s'il est profond, il faut redoubler de prudence : les tribunaux d'appel ne doivent pas, du simple fait qu'ils diffèrent d'opinion, écarter les conclusions des juges de première instance en redéfinissant les frontières de leur pouvoir discrétionnaire.

[59] Je crois qu'il est nettement préférable qu'un tribunal d'appel confirme une décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à laquelle il ne souscrit pas plutôt qu'il l'infirme sans y être autorisé en adoptant, *a posteriori*, un cadre plus rigide qui aurait mené à l'adoption d'une solution qu'il juge préférable. Dans le contexte qui nous occupe, le droit en l'état actuel ne nous permet pas de modifier la décision contestée du juge du procès. Si la modification proposée est susceptible d'empêcher à l'avenir les juges du procès d'exercer leur pouvoir discrétionnaire comme le juge du procès l'a fait dans la présente affaire, reste qu'elle grèvera pour autant l'obligation constitutionnelle qui leur incombe en vertu du par. 24(1) de la *Charte* de concevoir des mesures réparatrices convenables et justes dans des circonstances que nous ne pouvons prévoir.

III

[60] Certes, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour a restreint l'accès à une mesure

remedy under s. 24(1) by imposing essentially the same stringent test that Justice Rothstein would adopt here. But that case dealt with a stay of proceedings and has no application here.

[61] The stringent limits placed on the issuance of stays are a function of the severity and finality of that remedy. Unlike a stay of proceedings, the exclusion of impugned evidence rarely terminates the proceedings — and, more rarely still, terminates the proceedings *definitively*. On the contrary, probative evidence is often excluded under the common law of evidence or under s. 24(2) of the *Charter* in trials that nonetheless proceed and routinely result in convictions.

[62] At the very least, the exclusion of evidence as a s. 24(1) remedy should not be subject to the same demanding criteria as a stay of proceedings unless exclusion will preclude a trial, which is not our case. Here, Mr. Bjelland was committed to trial at the conclusion of a preliminary inquiry that proceeded without the tardily disclosed evidence. Moreover, after that evidence was excluded by the trial judge, the Crown was evidently satisfied that the remaining evidence was capable of supporting a conviction. In the absence of a reasonable prospect of conviction, Crown counsel could not reasonably have proceeded with the trial.

[63] The Crown did have an option. Instead of proceeding on the strength of the remaining evidence in its possession, the Crown, if it considered the excluded evidence of central importance to its case, could have declared its proof closed and appealed the inevitable acquittal on the very ground that it now invokes. On the other hand, if the Crown did not attach great importance to the evidence then, it can hardly ask us to do so now. And yet, having opted to place Mr. Bjelland in jeopardy

réparatrice particulière pour l'application du par. 24(1) en appliquant essentiellement le même critère exigeant que le juge Rothstein adopterait en l'espèce. Or, dans cette affaire, il était question d'un arrêt des procédures. Cette décision n'est donc d'aucune utilité en l'espèce.

[61] Les limites rigoureuses applicables au prononcé d'arrêts des procédures sont fonction de la gravité et du caractère définitif de cette mesure. Or, contrairement à un arrêt des procédures, l'exclusion d'éléments de preuve met rarement fin à une procédure — et, plus rarement encore, y met fin de façon *définitive*. Au contraire, des éléments de preuve probants sont souvent exclus en application des règles de common law en matière de preuve ou du par. 24(2) de la *Charte* dans le cadre de procès qui suivent néanmoins leur cours et qui, fréquemment, donnent lieu à des condamnations.

[62] À tout le moins, l'exclusion d'éléments de preuve en tant que réparation accordée en application du par. 24(1) ne devrait pas être assujettie aux critères exigeants applicables aux arrêts de procédures sauf si l'exclusion fait obstacle à la tenue d'un procès, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, M. Bjelland a été cité à procès après la tenue d'une enquête préliminaire au cours de laquelle la preuve communiquée tardivement n'était pas en cause. De plus, le ministère public a de toute évidence estimé, après l'exclusion des éléments de preuve en question, que la preuve restante était susceptible de justifier une condamnation. En l'absence d'une probabilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité, l'avocat du ministère public n'aurait pas pu raisonnablement choisir de poursuivre le procès.

[63] Le ministère public disposait d'une solution de rechange. En effet, plutôt que de s'appuyer sur les autres éléments de preuve, il aurait pu, s'il estimait que les éléments exclus étaient cruciaux, déclarer sa preuve close et interjeter appel à l'encontre de l'acquittement alors inévitable, en invoquant les arguments qui nous sont soumis. Par contre, si le ministère public ne jugeait pas la preuve essentielle, il peut difficilement demander qu'on lui accorde une telle importance à ce stade. Après avoir choisi

of conviction at one trial on evidence it considered sufficient, the Crown now seeks a "second kick at the can".

[64] On any view of the matter, the remedy of exclusion granted by the trial judge was hardly equivalent to a stay of proceedings and should not be made subject to the same constraints.

[65] Finally, we have long accepted that an acquittal that results from the exclusion of evidence is warranted by overriding considerations of justice. See *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 42 (*per* McLachlin J., as she then was, concurring); *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at pp. 82, 91 and 92 (*per* Dickson C.J., for the unanimous Court); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 282-86. The policy of the law in this regard was well put by Samuel Freedman, then Chief Justice of Manitoba, in this well-known passage:

> The objective of a criminal trial is justice. Is the quest of justice synonymous with the search for truth? In most cases, yes. Truth and justice will emerge in a happy coincidence. But not always. Nor should it be thought that the judicial process has necessarily failed if justice and truth do not end up in perfect harmony. . . . [T]he law makes its choice between competing values and declares that it is better to close the case without all the available evidence being put on the record. We place a ceiling price on truth. It is glorious to possess, but not at an unlimited cost. "Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much."

("Admissions and Confessions", in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95, at p. 99, quoting *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, at p. 957.)

Restricting exclusion as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* to those limited circumstances in which a stay would be warranted at once exaggerates the severity of exclusion as a remedy and minimizes

de faire courir le risque d'une condamnation à M. Bjelland sur le fondement d'une preuve qu'il jugeait suffisante, le ministère public sollicite « une seconde chance ».

[64] Quel que soit l'angle sous lequel on examine la question, l'ordonnance du juge du procès visant l'exclusion d'éléments de preuve ne s'apparentait guère à un arrêt des procédures et ne devrait pas être assujettie aux mêmes contraintes.

[65] Enfin, nous reconnaissons depuis longtemps que des considérations de justice fondamentales justifient les acquittements résultant de l'exclusion d'éléments de preuve. Voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 42 (opinion concordante de la juge McLachlin, maintenant Juge en chef); *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 82, 91 et 92 (le juge en chef Dickson, dans un jugement unanime); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 282 à 286. L'idée maîtresse du droit applicable ressort clairement des propos suivants de Samuel Freedman, Juge en chef du Manitoba, figurant dans un extrait bien connu :

> [TRADUCTION] Le but d'un procès criminel est de faire régner la justice. La recherche de la justice est-elle synonyme de recherche de la vérité? Il semblerait que oui dans la plupart des cas. La vérité et la justice finissent fort heureusement par émerger de façon simultanée. Mais ce n'est pas toujours le cas. Il ne faut pas non plus conclure à l'échec du processus judiciaire si celui-ci n'aboutit pas en même temps à la justice et à la vérité. [. . .] [L]e droit opte pour le moindre de deux maux et permet de clore l'affaire en l'absence de certains éléments de preuve. Il est certes admirable d'atteindre la vérité, mais pas à n'importe quel prix. « La vérité est comme toute bonne chose : parfois on la chérit à l'excès, on la recherche trop ardemment, on la paie trop cher. »

(« Admissions and Confessions », dans R. E. Salhany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95, p. 99, citant *Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, p. 957.)

Limiter le recours à l'exclusion d'éléments de preuve dans le contexte de l'application du par. 24(1) de la *Charte* aux seuls cas où un arrêt des procédures serait justifié confère à cette mesure une trop

the importance attached by our system of justice to objectives other than truth-finding.

IV

[66] The trial judge reviewed the evidence carefully and accurately. He considered and rejected alternative remedies, including a stay of proceedings and an adjournment.

[67] Understandably, the trial judge considered as well that exclusion of the tardily disclosed evidence was not a particularly drastic remedy in this case. He noted that the remaining evidence had been found sufficient by a Provincial Court Judge at the conclusion of a preliminary inquiry, to permit a reasonable jury, properly instructed, to find the appellant guilty as charged.

[68] Ultimately, the trial judge concluded that "[t]he proper remedy which address[es] the accused's rights and balances those rights with the interest[s] of society, is to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence." Manifestly, the trial judge was guided in his exercise of discretion by the established principles governing applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter.*

[69] On the whole of the record, I am thus satisfied that the trial judge's decision under this standard was neither erroneous in law nor so clearly wrong as to amount to an injustice.

V

[70] For all of these reasons, as mentioned at the outset, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the verdict at trial.

grande gravité et minimise l'importance que notre système de justice accorde aux objectifs autres que la recherche de la vérité.

IV

[66] Le juge du procès a examiné la preuve soigneusement et correctement. Il a envisagé et écarté d'autres mesures réparatrices, dont l'arrêt des procédures et l'ajournement.

[67] Il n'est pas surprenant d'ailleurs que le juge du procès ait également jugé que l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement n'était pas une mesure particulièrement draconienne en l'espèce. Il s'est appuyé sur le fait que, au terme de l'enquête préliminaire, un juge de la Cour provinciale avait estimé que les autres éléments de preuve permettraient à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'appelant coupable de l'infraction reprochée.

[68] Ultimement, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [l]a réparation convenable, qui prend en considération les droits de l'accusé et qui les met en balance avec les intérêts de la société, consiste à remettre tant l'accusé que le ministère public dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant que le ministère public tente d'introduire les nouveaux éléments de preuve. » De toute évidence, le juge du procès a tenu compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire des principes régissant les demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte.*

[69] Au vu de l'ensemble du dossier, je suis donc convaincu que, suivant le test susmentionné, la décision du juge du procès n'était ni erronée en droit ni erronée au point de créer une injustice.

V

[70] Pour tous ces motifs, comme je l'ai mentionné au départ, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès et je rétablirais le verdict prononcé au procès.

Appeal dismissed, BINNIE, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.

Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney and Bill Fitz, being members of the DCA Employees Pension Committee representing certain of the members and former members of the Pension Plan for the Employees of Kerry (Canada) Inc. *Appellants*

v.

Kerry (Canada) Inc. and Superintendent of Financial Services *Respondents*

and

Association of Canadian Pension Management and Canadian Labour Congress *Interveners*

INDEXED AS: NOLAN *v.* KERRY (CANADA) INC.

Neutral citation: 2009 SCC 39.

File No.: 32205.

2008: November 18; 2009: August 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Pensions — Pension plans — Expenses — Whether employer responsible for paying pension plan expenses — Whether such expenses properly payable from pension trust fund.

Pensions — Pension plans — Contribution holidays — Defined benefit pension plan amended in 2000 to introduce a defined contribution component — Plan trust fund constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees — Whether employer can use actuarially determined surplus pension funds from original defined benefit component of pension plan to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit and defined contribution components of pension plan.

Civil procedure — Costs — Financial Services Tribunal — Issues before Tribunal relating to employer's

Elaine Nolan, George Phillips, Elisabeth Ruccia, Paul Carter, R.A. Varney et Bill Fitz, membres du Comité de retraite des employés de DCA représentant certains des participants et anciens participants du régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc. *Appelants*

c.

Kerry (Canada) Inc. et Surintendant des services financiers *Intimés*

et

Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite et Congrès du travail du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : NOLAN *c.* KERRY (CANADA) INC.

Référence neutre : 2009 CSC 39.

N° du greffe : 32205.

2008 : 18 novembre; 2009 : 7 août.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Pensions — Régimes de retraite — Frais — L'employeur est-il tenu de payer les frais du régime de retraite? — Ces frais peuvent-ils être payables à même la caisse de retraite?

Pensions — Régimes de retraite — Suspensions de cotisations — Régime de retraite à prestations déterminées modifié en 2000 de manière à instaurer un volet à cotisations déterminées — Caisse de retraite du régime constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — L'employeur peut-il utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite du volet initial à prestations déterminées pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées que dans le volet à cotisations déterminées du régime?

Procédure civile — Dépens — Tribunal des services financiers — Questions soumises au Tribunal

obligations under pension plan — Pension trust fund not a party to proceedings — Whether Tribunal can award costs out of pension trust fund — Whether on judicial review court should exercise its discretion to award costs out of pension trust fund — Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, s. 24.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's decisions relating to its authority to award costs and to employer's obligations under pension plan.

The respondent Company has administered a pension plan ("Plan") for its employees since 1954. The Plan text required contributions from both the employees and the Company and a separate trust agreement provided that these contributions were to be paid into a trust ("Trust") created under the trust agreement and held in a trust fund ("Fund"). By 2001, the Fund had been in an actuarially determined surplus position for a number of years. Until 1984, the Company paid the Plan expenses directly. In 1985, following amendments to the Plan documents, third-party Plan expenses for actuarial, investment management and audit services were paid from the Fund. As of 1985, the Company also started taking contribution holidays from its funding obligations.

Prior to 2000, the Plan existed solely as a defined benefit ("DB") pension plan. In 2000, the Plan text was amended again in order to introduce a defined contribution ("DC") component. The DB pension component continued for existing employees, but was closed to new employees; thereafter, all newly hired employees would join the DC component. Employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who participated in the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, participated in the DC part of the Plan. The Fund was constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees. The Company announced its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members by using the surplus accumulated in the Fund from the DB component,

concernant les obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite — Caisse de retraite n'étant pas partie à l'instance — Le Tribunal des services financiers peut-il adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Lors du contrôle judiciaire, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, 1997, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'examen des décisions du Tribunal concernant son pouvoir d'adjuger les dépens et à celui des obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite.

Depuis 1954, la société intimée administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les employés et la société devaient, selon le texte du régime, verser des cotisations et une convention de fiducie distincte prévoyait que ces cotisations devaient être versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »). En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années. Jusqu'en 1984, la société payait directement les frais du régime. En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. À partir de 1985, elle a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations.

Avant 2000, le régime ne comportait que le volet à prestations déterminées (le volet « PD »). En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet à cotisations déterminées (le volet « CD »). Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1er janvier 2000, participaient au volet CD du régime. La caisse était constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet

which still covered DB members, to satisfy the premiums owing to the DC component.

After the Company introduced the amendments in 2000, certain former employees of the Company and members of the Plan (the "Committee") asked the Ontario Superintendent of Financial Services to investigate the Company's payment of Plan expenses from the Fund and its contribution holidays. The Superintendent issued two Notices of Proposal. Under the first, the Superintendent proposed to order that the Company reimburse the Fund for expenses that had not been incurred for the exclusive benefit of Plan members. Under the second, the Superintendent proposed to refuse, among other things, to order the Company to reimburse the Fund for the contribution holidays it had taken. Both the Company and the Committee requested a hearing before the Financial Services Tribunal to challenge the Notices of Proposal. The Tribunal held that: (1) all of the Plan expenses at issue could be paid from the Fund, except for $6,455 in consulting fees related to the introduction of the DC part of the Plan; and (2) the Company was entitled to take contribution holidays while the Fund was in a surplus position. The Tribunal did recognize that the Plan documents as amended in 2000 did not permit DC contribution holidays. However, it held the Company could retroactively amend the Plan provisions to designate the DC members as beneficiaries of the Fund, thereby allowing the Company to fund its DC contributions from the DB surplus. The Tribunal also refused to award costs payable out of the Fund.

On appeal, the Divisional Court held that the expenses at issue could not be paid out of the Fund as they were not for the exclusive benefit of the employees and such payment would constitute a partial revocation of the Trust. The court, although it upheld the Tribunal's decision that DB contribution holidays were permitted, ruled that the surplus in the Fund accumulated under the DB arrangement could not be used to fund the Company's contribution obligations to the DC arrangement. It also held that, while the Tribunal was correct that it did not have jurisdiction to award costs out of the Fund, the court could do so. On the relevant issues, the Court of Appeal, allowed the Company's appeal, dismissed the Committee's cross-appeal and upheld the Tribunal's rulings.

CD (les « participants CD ») en employant l'excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

Après la présentation des modifications en 2000, certains anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité ») ont demandé au surintendant des services financiers de l'Ontario de faire la lumière sur le paiement des frais du régime à même la caisse et les suspensions de cotisations dont s'est prévalue la société. Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d'ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d'ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu'elle aurait dû payer si elle ne s'était pas prévalue d'une suspension de cotisations. La société et le comité ont demandé la tenue d'une audience devant le Tribunal des services financiers pour contester les avis de proposition. Le Tribunal a conclu : (1) que tous les frais du régime en cause pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 $ pour les honoraires de consultation liés à l'introduction du volet CD du régime et (2) que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire. Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n'autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l'excédent du volet PD. Le Tribunal a également refusé d'adjuger des dépens payables à même la caisse.

En appel, la Cour divisionnaire a conclu que les frais en cause ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu'ils n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés et qu'un tel paiement constituait une révocation partielle de la fiducie. La cour, bien qu'elle ait confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD étaient autorisées, a statué que l'excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l'arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de la société à l'arrangement CD. Elle a aussi conclu que le Tribunal avait eu raison d'affirmer qu'il n'avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse, mais qu'elle avait compétence pour le faire. Pour ce qui est des questions pertinentes, la Cour d'appel a accueilli l'appel de la société, a rejeté l'appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal.

Held (LeBel and Fish JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed.

Per Binnie, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Having regard to the purpose of the Tribunal, the nature of the questions and the expertise of the Tribunal, the appropriate standard of review is reasonableness for the issues of Plan expenses and DB and DC contribution holidays. While these issues are largely questions of law, in that they involve the interpretation of pension plans and related texts, the Tribunal does have expertise in the interpretation of such texts, as it is both close to the industry and more familiar with the administrative scheme of pension law. The standard of reasonableness also applies to the issue of the Tribunal's authority to order costs from the Fund. This issue involves the Tribunal's interpreting its constating statute to determine the parameters of the costs order it may make. The question of costs is incidental to the Tribunal's broad power to review the Superintendent's decisions in the context of the regulation of pensions. A court should adopt a deferential standard of review to the Tribunal's decision in this respect. [29-31] [35]

With the exception of the consulting fees relating to a study of the possibility of introducing a DC component to the Plan, the Company did not have the obligation to pay the Plan expenses at issue since the Plan documents did not require, expressly or implicitly, that it pay such expenses. The provisions of the trust agreement, as amended in 1958, provided that the Company undertake to pay trustee fees and trustee expenses. As between the Company and trustee, these provisions only cover expenses incurred in the performance of the trustee's duties and in the execution of this Trust. They do not refer to expenses otherwise incurred in the administration of the Plan. Expenses associated with the employment of actuaries, accountants, counsel and other services required for the administration of the Plan are expenses of the Plan, but they are not fees and expenses incurred in the execution of the Trust. Furthermore, the trust agreement's 1958 amendments, which provided that taxes, interest and penalties were to be paid from the Fund, could not impose any additional obligations on the Company because these amendments also included a provision expressly stating that the amendments do not increase the Company's original obligations with respect to the expenses for which it was responsible. Nor could the language in the trust agreement forbidding the use of trust funds

Arrêt (les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Binnie, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la raisonnabilité. Ces questions sont essentiellement des questions de droit en ce sens qu'elles portent sur l'interprétation des régimes de retraite et des textes s'y rapportant. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l'interprétation de ces textes puisqu'il est près du secteur d'activités et qu'il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite. La norme de la raisonnabilité s'applique aussi à la question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse. Pour trancher cette question, le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. Le tribunal de révision devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal à ce sujet. [29-31] [35]

À l'exception des frais de consultation liés à une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime, la société n'était pas tenue de payer les frais du régime en cause puisque les documents relatifs au régime ne lui imposent pas, expressément ou implicitement, une telle obligation. La convention de fiducie, dans sa version modifiée de 1958, prévoit que la société s'engage à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires. Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées dans l'exercice des fonctions du fiduciaire et dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie. Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l'administration du régime. Les dépenses liées aux services d'actuaires, de comptables, de conseillers et d'autres professionnels nécessaires pour l'administration du régime représentent des frais du régime, mais il ne s'agit pas d'honoraires et de dépenses engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. De plus, les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958, qui prévoyaient le paiement d'impôts, d'intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse, ne pouvaient pas imposer à la société des obligations supplémentaires puisqu'elles comportaient également une disposition énonçant expressément que les modifications ne créent pas pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. Le

for any purpose other than the exclusive benefit of the employees impose an obligation on the Company to pay the Plan expenses. The exclusive benefit language is also subject to the limitation that it will not enlarge the Company's obligations. The payment of Plan expenses is necessary to ensure the Plan's continued integrity and existence, and the existence of the Plan is a benefit to the employees. It is therefore to the exclusive benefit of the employees that expenses for the continued existence of the Plan are paid out of the Fund. Lastly, allowing for the Plan expenses to be paid out of the Trust does not constitute a partial revocation of the Trust. In the absence of an obligation requiring the Company to pay the Plan expenses, funds in the Trust can be used to pay reasonable and *bona fide* expenses and to the extent that the funds are paying legitimate expenses necessary to the Plan's integrity and existence, the Company is not purporting to control the use of funds in the Trust. [17] [38-39] [44] [50-52] [55] [57] [59]

The Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DB benefit arrangement. When plan documents provide that funding requirements will be determined by actuarial practice, the employer may take a contribution holiday unless other wording or legislation prohibits it. The right to take a contribution holiday can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Here, the Company's contributions are determined by actuarial calculations. Clause 14(b) of the Plan, as amended in 1965, provides for contributions that will cover the members' future retirement benefits and requires the exercise of actuarial discretion as it does not fix annual contributions. The clause therefore does not prevent the Company from taking a contribution holiday where the actuary certifies that no contributions are necessary to provide the required retirement income to members. [17] [68-70] [76]

The Tribunal's decision to allow contribution holidays in respect of the DC component of the Plan, once appropriate retroactive amendments are made, was not unreasonable. There is no legislative restriction prohibiting the retroactive amendment designating DC members as beneficiaries of the Trust, the creation of a single plan and trust, and the DC contribution holidays. The Plan documents do not preclude combining the two components in one plan and nothing in these documents or trust law prevents the use of the actuarial surplus for the DC contribution holidays. Having regard to the Plan documents, it was reasonable for the Tribunal to

texte de la convention de fiducie, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Le paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime, et l'existence du régime constitue un avantage pour les employés. Il est donc au bénéfice exclusif des employés que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse. Enfin, le paiement des frais du régime à même la caisse ne constitue pas une révocation partielle de la fiducie. En l'absence d'une obligation de la société de payer les frais du régime, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes, et dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, la société ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie. [17] [38-39] [44] [50-52] [55] [57] [59]

La société avait le droit de suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement CD. Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l'employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le texte du régime ou la législation ne l'interdisent. Le droit de suspendre ses cotisations peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire tout pouvoir discrétionnaire à l'actuaire. En l'espèce, les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. L'alinéa 14b) du régime, dans sa version modifiée de 1965, prévoit des cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants et nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles. La disposition n'empêche donc pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs sont dues. [17] [68-70] [76]

La décision du Tribunal d'autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime, une fois les modifications rétroactives apportées, n'était pas déraisonnable. Aucune restriction législative n'interdit la modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie, la création d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD. Les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique; de plus, rien dans ces documents et aucun principe du droit des fiducies n'interdisent l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations au

find that there was one plan and that, with a retroactive amendment, there could be one trust and that contribution holidays with respect to either or both of the DB and DC components of the Plan did not violate the exclusive benefit provision or constitute a partial revocation of the Trust. Similarly, it was not unreasonable that DC members could be designated beneficiaries of the Trust. The fact that DB and DC funds will be held by different custodians does not prevent them from belonging to the same trust. The Plan, after the retroactive amendments, would consist of DB and DC components. Members of both parts of the Plan therefore would be beneficiaries of the Trust and use of funds in the Trust to benefit either part would be allowed because the Trust explicitly provides that the funds can be used for the benefit of the beneficiaries. [84-85] [91] [93] [103] [110] [114]

Retroactively permitting the funding of the DC component from the DB surplus does not affect the exclusive benefit provisions of the Plan. Because the amendment will be retroactive, there would be no re-opening of a closed plan in law and no attempt to merge two independent trusts. The Plan and Trust in this case have not been terminated. Only a part of the Plan has been closed to new employees. There is, therefore, no actual surplus that has vested with the employees. The DB surplus remains actuarial and the DB members retain their right to the defined benefits provided for under the Plan. Their interest in the surplus is only to the extent that it cannot be withdrawn or misused. Retroactively amending the Plan takes no vested property right away from the DB members. They have no right to require surplus funding of the Plan in order to increase their security. [104] [106-107] [113]

In light of s. 24 of the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, the Tribunal did not err in holding that it could not award costs from the Fund. Since the Fund was not a party to the proceedings, the Tribunal could not order costs from the Fund. [17] [116-117]

The Court of Appeal correctly declined to award costs to the Committee from the Fund. The key question is whether the litigation is adversarial or whether it is aimed at the due administration of the pension trust fund. Adversarial claims will not qualify for a costs award from the trust fund. Here, the litigation was adversarial in nature because it was ultimately about

volet CD. Compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et qu'à la suite de la modification rétroactive il pouvait y avoir une fiducie unique et que la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéfice exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie. De même, il n'était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d'appartenir à la même fiducie. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Les participants aux deux volets du régime bénéficieraient de la fiducie et l'utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l'un ou l'autre des volets serait autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires. [84-85] [91] [93] [103] [110] [114]

Le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent du volet PD n'a pas d'incidence sur les dispositions du régime concernant le bénéfice exclusif. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. En l'espèce, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu. Ils n'ont pas le droit d'exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. [104] [106-107] [113]

Compte tenu de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, le Tribunal n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse de retraite. Comme celle-ci n'était pas partie à l'instance, le Tribunal ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même la caisse. [17] [116-117]

La Cour d'appel a eu raison de refuser d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite. Il s'agit principalement de savoir si le litige est contradictoire ou s'il est axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. En l'espèce, le

the propriety of the Company's actions and because the Committee sought to have funds paid into the Fund to the benefit of the DB members only. The Company was successful in this case and there is no reason to penalize it by diminishing the Fund surplus, thereby reducing its opportunity for contribution holidays. [17] [124] [128-129]

Per LeBel and Fish JJ. (dissenting in part): The Company's use of DB surplus to fund its obligations toward the DC plan is not supported by the legislative regime and constitutes a breach of the Plan provisions, the trust agreement, and the relevant principles of trust law. When the DC plan was created in 2000, the Company's employees ceased to be members of a single plan, and the employees in the DC plan were not beneficiaries of the DB trust. While the Tribunal acknowledged that the Company's amendments to the Plan in 2000 seeking to permit contribution holidays in the DC plan violated the terms of the 1954 trust agreement and constituted an encroachment on irrevocable trust funds, it failed to take these very principles into consideration when ordering its remedy of retroactively designating DC members as beneficiaries of the Fund. The retroactive amendment would breach the same terms of the trust agreement and the Plan's text that prohibited the DC contribution holidays in the first place. As a result, the Tribunal's decision that approved such an amendment was unreasonable. [135] [141]

The Court of Appeal therefore erred in upholding the Tribunal's contribution holiday decision and in reinstating the retroactive designation remedy. First, the court failed to consider the lack of support for this type of contribution holiday in the governing legislation and regulations which do not authorize the use of surplus in a DB fund to offset an employer's contribution obligations toward a DC plan except in the event of a full conversion from a DB to a DC plan. Full conversion has not occurred in this case. Second, the court adopted an unduly formalistic view of the pension plan and failed to appreciate the separate and distinct nature of the DB and DC plans in this case and instead focused on the formal existence of a single plan. To determine whether there is in fact a single plan in existence, it is necessary to examine the plan's particular arrangement, which will differ from case to case. The plan documentation must clearly evince an intention to maintain a single plan and, most importantly, the plan structure must actually reflect and follow from this intention. Here,

litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. La société a obtenu gain de cause en l'espèce et il n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations. [17] [124] [128-129]

Les juges LeBel et Fish (dissidents en partie) : Le régime législatif ne permet pas à la société d'utiliser l'excédent d'un régime PD pour financer ses cotisations obligatoires à un régime CD; une telle utilisation constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD. Le Tribunal a reconnu que les modifications apportées au régime par la société en 2000 qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie de 1954 et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Par conséquent, la décision du Tribunal d'approuver une telle modification est déraisonnable. [135] [141]

La Cour d'appel a donc fait erreur en confirmant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations et en rétablissant la désignation rétroactive. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables, qui n'autorisent pas l'employeur à compenser ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. En l'espèce, il n'y a pas eu conversion totale. Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite et n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Il faut examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents relatifs au régime doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure

the plan documentation reveals a degree of segregation between the DB and DC plans that confirms that the amendments in 2000 effectively created a second pension plan whose members are not beneficiaries of the original fund. The DB and DC plans exist as separate entities and should not be treated as two components of a single plan. Third, the court ought to have considered the trust ramifications of the Company's DC contribution holidays as the law of trusts forbids an employer's attempts to control or withdraw irrevocable assets within the fund in order to take contribution holidays with respect to its obligations toward a different group of plan members. [142-144] [158] [162] [168] [201]

While the Company has the right to amend the Plan unilaterally, plan amendments are still subject to the terms of the 1954 trust agreement that prohibit the use of funds for other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries, who in this case are DB members. The use of fund surplus to provide contribution holidays with respect to the DC plan violates the exclusive benefit provisions in the Plan and trust agreement as it benefits all but the DB members. As well, the designation of DC members as beneficiaries of the Fund would not be for the exclusive or even primary benefit of the DB members. Only the Company and DC members, who have no more entitlement to the Fund, stand to benefit from this designation. The unlawfulness of the DC contribution holidays would not be remedied even if the DC members could be declared beneficiaries of the Fund. The withdrawal of funds to enable the Company's DC contribution holidays would continue to violate the exclusive benefit provisions. There is no evidence that the structure of the Fund would change as a result of this designation. The Company would continue to take DC contribution holidays by withdrawing assets from the Fund and placing them in the DC members' accounts. This movement of funds is not for the exclusive benefit of any of the beneficiaries, whether DB or DC members. [174] [176-177] [183]

The Company's attempt to use the DB surplus to fund its contribution obligations toward the DC plan also violates one of the hallmarks of trust law: the prohibition against the revocation of trust assets. An employer may not remove pension contributions held in trust unless a power of revocation was expressly included in the trust at the time of its inception. A general power

du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. En l'espèce, les documents relatifs au régime révèlent l'existence d'une séparation partielle entre le régime PD et le régime CD qui confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées comme deux volets d'un même régime. Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalue la société, car le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime. [142-144] [158] [162] [168] [201]

La société a le droit de modifier unilatéralement le régime, mais les modifications demeurent assujetties à la convention de fiducie de 1954, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. L'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans le régime et la convention de fiducie puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD. Par ailleurs, la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la caisse ne bénéficierait pas exclusivement ni même principalement aux participants PD. Seuls la société et les participants CD, qui n'ont plus aucun droit à la caisse, pourraient certainement bénéficier de cette désignation. L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée même si les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la caisse. Le retrait de fonds destiné à permettre à la société de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif. Il n'a pas été démontré que la structure de la caisse serait modifiée par suite de cette désignation. La société continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la caisse pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. [174] [176-177] [183]

En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, la société viole aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie. L'employeur ne peut retirer les cotisations de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment

of amendment does not amount to a power of revocation. Once assets have been placed in the trust fund, the settlor cannot interfere with them and cannot withdraw them for his or her own use without the express power to do so in the trust agreement. This principle extends not only to the corpus of the trust fund but also to any surplus in the fund, unless there is specific wording in the plan documentation that would oust the surplus from the trust's ambit. In this case, the trust agreement contains no power of revocation, and the Company's contribution holidays in the DC plan from the DB surplus amounted to a partial revocation of the Trust. The shifting of assets from the DB fund to the DC members' accounts is a clear example of the Company's exercising control over trust assets. The same conclusion would be reached even if the DC members could legitimately be designated as beneficiaries of the Fund. [191-194] [196-197] [200]

de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de le faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie. En l'espèce, la convention de fiducie ne prévoit aucun pouvoir de révocation et la société a partiellement révoqué la fiducie en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations au régime CD. Le transfert d'éléments d'actif de la caisse d'un régime PD dans les comptes des participants CD représente un exemple évident du contrôle exercé par la société sur l'actif fiduciaire. La conclusion ne changerait pas même si les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la caisse de retraite. [191-194] [196-197] [200]

Cases Cited

By Rothstein J.

Distinguished: *Markle v. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321; *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973; **considered:** *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Hockin v. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375; *Châteauneuf v. TSCO of Canada Ltd.* (1995), 124 D.L.R. (4th) 308; *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196; *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S. 882 (1996); *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *National Grid Co. plc v. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417; *Buckton v. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406; *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154; *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506; *Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274; *Huang v. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107; *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Distinction d'avec les arrêts : *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321; *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973; **arrêts examinés :** *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538; *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620; *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375; *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497; *Lockheed Corp. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1996); *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *National Grid Co. plc c. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417; *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406; *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506; *Smith c. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274; *Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107; *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74; *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA

690, 299 D.L.R. (4th) 277; *Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154; *MacKinnon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688; *C.A.S.A.W., Local 1 v. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504; *Bentall Corp. v. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181; *White v. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Turner v. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53.

By LeBel J. (dissenting in part)

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611; *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Baxter v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1; *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, aff'g (2003), 34 C.C.P.B. 1; *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) v. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271; *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, rev'g 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257; *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326, aff'd (1994), 110 D.L.R. (4th) 609; *Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49.

Statutes and Regulations Cited

Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, s. 24.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 13(2), 19, 34, 81(1), (2), 87(1), (2), 89(9).

R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 3, 7(3), 9, 13, 14.

Trustee Act, R.S.O. 1990, c. T.23, ss. 6(b), 27(3).

Authors Cited

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006.

Ontario. Expert Commission on Pensions. *A Fine Balance: Safe Pensions, Affordable Plans, Fair Rules*. Toronto: The Commission, 2008.

690, 299 D.L.R. (4th) 277; *Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154; *MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688; *C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504; *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181; *White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611; *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64; *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339; *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1; *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736; *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1; *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, conf. (2003), 34 C.C.P.B. 1; *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271; *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, inf. 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257; *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326, conf. par (1994), 110 D.L.R. (4th) 609; *Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49.

Lois et règlements cités

Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

Loi sur les fiduciaires, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 6b), 27(3).

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 13(2), 19, 34, 81(1), (2), 87(1), (2), 89(9).

R.R.O. 1990, règl. 909, art. 3, 7(3), 9, 13, 14.

Doctrine citée

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006.

Ontario. Commission d'experts en régimes de retraite. *Un juste équilibre : Une retraite sûre, Un régime*

Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Rouleau JJ.A.), 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, 282 D.L.R. (4th) 227, 225 O.A.C. 163, 60 C.C.P.B. 67, [2007] O.J. No. 2176 (QL), 2007 CarswellOnt 3493, setting aside a decision of the Divisional Court (O'Driscoll, Jarvis and Molloy JJ.) (2006), 209 O.A.C. 21, 52 C.C.P.B. 1, [2006] O.J. No. 960 (QL), 2006 CarswellOnt 1503, and restoring the decisions of the Financial Services Tribunal, [2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL) and [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Appeal dismissed, LeBel and Fish JJ. dissenting in part.

Ari N. Kaplan, *Kirk M. Baert* and *David Rosenfeld*, for the appellants.

Ronald J. Walker, *Christine P. Tabbert* and *Peggy A. McCallum*, for the respondent Kerry (Canada) Inc.

Deborah McPhail, for the respondent the Superintendent of Financial Services.

Jeff W. Galway and *Kathryn M. Bush*, for the intervener the Association of Canadian Pension Management.

Steven Barrett, for the intervener the Canadian Labour Congress.

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

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises issues related to the obligations of an employer under a pension plan for its employees. In particular, the appeal concerns (1) whether the employer was responsible for paying

abordable, Des règles équitables. Toronto : La Commission, 2008.
Seller, Susan Gail. *Ontario Pension Law Handbook*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2006.
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Gillese et Rouleau), 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, 282 D.L.R. (4th) 227, 225 O.A.C. 163, 60 C.C.P.B. 67, [2007] O.J. No. 2176 (QL), 2007 CarswellOnt 3493, qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges O'Driscoll, Jarvis et Molloy) (2006), 209 O.A.C. 21, 52 C.C.P.B. 1, [2006] O.J. No. 960 (QL), 2006 CarswellOnt 1503, et rétabli les décisions du Tribunal des services financiers, [2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL) et [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Pourvoi rejeté, les juges LeBel et Fish sont dissidents en partie.

Ari N. Kaplan, *Kirk M. Baert* et *David Rosenfeld*, pour les appelants.

Ronald J. Walker, *Christine P. Tabbert* et *Peggy A. McCallum*, pour l'intimée Kerry (Canada) Inc.

Deborah McPhail, pour l'intimé le surintendant des services financiers.

Jeff W. Galway et *Kathryn M. Bush*, pour l'intervenante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite.

Steven Barrett, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

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

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève des questions relatives aux obligations d'un employeur aux termes du régime de retraite de ses employés. En particulier, il s'agit en l'espèce de décider (1) si l'employeur

plan expenses or whether such expenses were properly payable from the pension trust fund; (2) whether the employer could use actuarially determined surplus pension funds to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit ("DB") and defined contribution ("DC") components of the pension plan. In addition, the appeal raises two issues with respect to costs: first, whether the Financial Services Tribunal ("Tribunal") had the authority to award costs to the appellants out of the pension trust fund; second, when on judicial review of a pension decision, a court should exercise its discretion to award costs out of the pension trust fund.

[2] The Ontario Court of Appeal found in favour of the respondents on all issues before this Court. I am in agreement and I would dismiss this appeal.

II. Facts

[3] The respondent employer (the "Company") is presently named Kerry (Canada) Inc.; its predecessors include DCA Canada Inc. It has administered a pension plan (the "Plan") for its employees since 1954. The terms of the Plan were set out in a pension plan text dated December 31, 1954. The Plan text required contributions from both the employees and the Company. A predecessor of the Company and the National Trust Company Limited entered into a separate trust agreement, also dated December 31, 1954. Contributions were paid into a trust (the "Trust") created under the trust agreement and held in a trust fund (the "Trust Fund" or the "Fund").

[4] The Plan has about 80 members. By 2001, the Fund had been in an actuarially determined surplus position for a number of years.

[5] The Plan text and the Trust Agreement have been amended a number of times. Until 1984, the Company paid the Plan expenses directly. In 1985,

était tenu de payer les frais du régime de retraite ou si ces frais étaient payables à même la caisse de retraite; (2) si l'employeur pouvait utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées (le volet « PD ») que dans le volet à cotisations déterminées (le volet « CD ») du régime. De plus, le pourvoi soulève deux questions se rapportant aux dépens : premièrement, le Tribunal des services financiers (« Tribunal ») avait-il le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens aux appelants à même la caisse de retraite; deuxièmement, lors du contrôle judiciaire d'une décision portant sur les régimes de retraite, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite?

[2] La Cour d'appel de l'Ontario a tranché en faveur des intimés sur toutes les questions dont la Cour est maintenant saisie. Je suis d'accord et je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

II. Les faits

[3] L'employeur intimé (la « société ») est actuellement nommé Kerry (Canada) Inc.; ses prédécesseurs comprennent DCA Canada Inc. Depuis 1954, l'employeur administre un régime de retraite (le « régime ») pour ses employés. Les modalités du régime étaient énoncées dans un texte entré en vigueur le 31 décembre 1954. Selon ce texte, les employés et la société devaient verser des cotisations. Un prédécesseur de la société et la National Trust Company Limited ont conclu une convention de fiducie, aussi en date du 31 décembre 1954. Les cotisations étaient versées dans une fiducie (la « fiducie ») créée en vertu de la convention et détenues dans une caisse en fiducie (la « caisse en fiducie » ou la « caisse »).

[4] Environ 80 personnes participent au régime. En 2001, la caisse affichait un excédent actuariel depuis déjà plusieurs années.

[5] Le texte du régime et la convention de fiducie ont été modifiés à plusieurs reprises. Jusqu'en 1984, la société payait directement les frais du régime.

following amendments to the Plan documents, third-party Plan expenses for actuarial, investment management and audit services were paid from the Fund. Between 1985 and 2002, approximately $850,000 was paid from the Fund to cover these expenses.

[6] As of 1985, the Company also started taking contribution holidays from its funding obligations, that by 2001 were worth approximately $1.5 million.

[7] Prior to 2000, the Plan existed solely as a DB pension plan. In 2000, the Plan text was amended again in order to introduce a DC component. The DB pension component continued for existing employees, but was closed to new employees; thereafter, all newly hired employees would join the DC component. Employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who participated in the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, participated in the DC part of the Plan. The Trust Fund was constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees. The Company announced its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members by using the surplus accumulated in the Fund from the DB component, which still covered DB members, to satisfy the premiums owing to the DC component.

[8] The appellants are members of the DCA Employees Pension Committee and former employees of the Company who participated in the Plan (the "Committee"). The Committee was created by employees of the Company and is distinct from the Retirement Committee created under the Plan documents. After the Company introduced the 2000 amendments, the Committee asked the Superintendent of Financial Services ("Superintendent"), the other respondent in this

En 1985, à la suite des modifications apportées aux documents relatifs au régime, elle a commencé à payer à même la caisse les services d'actuariat, de gestion des investissements et de vérification fournis par des tiers. Entre 1985 et 2002, environ 850 000 $ ont été prélevés sur la caisse pour couvrir ces frais.

[6] À partir de 1985, la société a aussi commencé à s'accorder des périodes d'exonération de cotisations à l'égard de ses obligations de financement, c'est-à-dire à recourir aux suspensions de cotisations; en 2001 le montant des cotisations non versées s'élevait à environ 1,5 M$.

[7] Avant 2000, le régime ne comportait que le volet PD. En 2000, son texte a été modifié de nouveau de manière à comporter un volet CD. Le volet PD a continué de s'appliquer aux employés en poste, mais il était fermé aux nouveaux employés; ainsi, tous les nouveaux employés participeraient au volet CD. Les employés qui participaient au volet PD ont eu la possibilité de passer au volet CD. Par l'effet de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 » — ceux qui participaient au volet PD du régime —, et en « participants de la partie 2 » — ceux qui, après le 1er janvier 2000, participaient au volet CD du régime. Le régime de retraite était constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires différents. La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants au volet CD (les « participants CD ») en employant l'excédent de la caisse du volet PD, lequel couvrait encore les participants au volet PD (les « participants PD »), pour acquitter les primes dues relativement au volet CD.

[8] Les appelants sont des membres du comité de retraite des employés de DCA et des anciens employés de la société qui participaient au régime (le « comité »). Le comité a été créé par des employés de la société et il est distinct du comité de retraite créé aux termes des documents relatifs au régime. Après la présentation des modifications de 2000, le comité a demandé au surintendant des services financiers (« surintendant »), l'autre intimé en l'espèce, de rendre en vertu de la *Loi sur les régimes*

case, to make a number of orders under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 ("*PBA*"), relating to the payment of Plan expenses from the Fund and the Company's contribution holidays.

[9] The Superintendent issued two Notices of Proposal. Under the first Notice of Proposal, the Superintendent proposed to order that the Company reimburse the Fund for expenses that had not been incurred for the exclusive benefit of Plan members. Under the second, the Superintendent proposed to refuse, among other things, to order the Company to reimburse the Fund for the contribution holidays it had taken. The Company requested a hearing before the Tribunal to challenge the Notice of Proposal regarding expenses. The Committee challenged the second Notice of Proposal concerning contribution holidays before the Tribunal. The Superintendent was a party to both hearings.

[10] On the issues relevant in this appeal, the Tribunal generally ruled in favour of the Company. At the first hearing, it held that all of the Plan expenses at issue could be paid from the Fund except for $6,455 in consulting fees related to the introduction of the DC part of the Plan ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL)).

[11] In the second hearing, the Tribunal held that the Company was entitled to take contribution holidays while the Fund was in a surplus position ([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL)). The Tribunal did recognize that the Plan documents as amended in 2000 did not permit DC contribution holidays. However, it held that the Company could retroactively amend the Plan provisions to designate the DC members as beneficiaries of the Trust Fund, thereby allowing the Company to fund its DC contributions from the DB surplus.

[12] The Tribunal also refused to award costs ([2004] O.F.S.C.D. No. 190 (QL) and [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL)). With respect to costs in

de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), un certain nombre d'ordonnances relativement au paiement des frais du régime à même la caisse et aux suspensions de cotisations dont s'est prévalue la société.

[9] Le surintendant a émis deux avis de proposition. Aux termes du premier avis, il a proposé d'ordonner à la société de rembourser à la caisse les frais qui n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des participants au régime. Aux termes du deuxième avis, il a proposé de refuser, entre autres, d'ordonner à la société de verser à la caisse les cotisations qu'elle aurait dû payer si elle ne s'était pas prévalue d'une suspension de cotisations. La société a demandé la tenue d'une audience devant le Tribunal pour contester l'avis de proposition relatif aux frais. Le comité a contesté devant le Tribunal le deuxième avis de proposition relatif aux suspensions de cotisations. Le surintendant était partie aux deux audiences.

[10] En ce qui concerne les questions pertinentes en l'espèce, le Tribunal a, de façon générale, tranché en faveur de la société. Lors de la première audience, il a conclu que tous les frais du régime en question pouvaient être prélevés sur la caisse, exception faite des 6 455 $ pour les honoraires de consultation liés à l'introduction du volet CD du régime ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL)).

[11] Lors de la deuxième audience, le Tribunal a conclu que la société pouvait suspendre ses cotisations quand la caisse était excédentaire ([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL)). Le Tribunal a reconnu que les documents relatifs au régime, dans leur version modifiée de 2000, n'autorisaient pas la suspension des cotisations au régime CD. Il a toutefois conclu que la société pouvait rétroactivement modifier les dispositions du régime afin de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse en fiducie, ce qui permettait ainsi à la société de financer ses cotisations au volet CD par prélèvement sur l'excédent du volet PD.

[12] Le Tribunal a également refusé d'adjuger des dépens ([2004] O.F.S.C.D. No. 190 (QL) et [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL)). Pour ce qui est des dépens

the second hearing, a majority of the Tribunal held it did not have the authority to order costs from the Fund and that regardless it did not think a costs award against either party was justified.

[13] The Committee appealed these decisions to the Divisional Court.

III. Lower Court Rulings

[14] The Divisional Court ruled that the payment of Plan expenses out of the Trust Fund constituted a partial revocation of the Trust, noting that this Court's decision in *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, forbids revoking a trust unless a specific power to do so was reserved at the time the trust was constituted. The Divisional Court upheld the Tribunal's ruling that DB contribution holidays were permitted as nothing in the Plan texts precluded them.

[15] However, it ruled that the surplus in the Fund accumulated under the DB arrangement could not be used to fund the employer's contribution obligations to the DC arrangement. It ruled that the 2000 Plan text created two separate funds — one for the DB arrangement and one for the DC arrangement. It concluded that there were "in law" two plans and two pension funds, which could not be joined.

[16] The Divisional Court held that the Tribunal was correct that it did not have jurisdiction to award costs out of the Fund ((2006), 209 O.A.C. 21). However, it held that the court could award costs from the Fund. It ordered the Company to pay the Committee's costs on a partial indemnity basis ((2006), 213 O.A.C. 271). It also ordered that the difference between these costs and the Committee's solicitor-client costs be paid to them out of the Fund.

[17] Gillese J.A., writing for a unanimous Ontario Court of Appeal, allowed the Company's appeal, dismissed the Committee's cross-appeal and upheld the Tribunal's rulings on the issues before

relatifs à la deuxième audience, il a conclu, à la majorité, qu'il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse et que, de toute façon, il estimait injustifié de condamner l'une ou l'autre des parties aux dépens.

[13] Le comité a interjeté appel de ces décisions devant la Cour divisionnaire.

III. Décisions des instances inférieures

[14] La Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais du régime à même la caisse en fiducie constituait une révocation partielle de la fiducie, faisant remarquer que la décision de la Cour dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, interdit la révocation d'une fiducie à moins que cela n'ait été expressément prévu au moment de la constitution de la fiducie. La Cour divisionnaire a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle les suspensions des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD étaient autorisées puisque les textes du régime ne l'interdisaient pas.

[15] Toutefois, la Cour divisionnaire a conclu que l'excédent de la caisse accumulé dans le cadre de l'arrangement PD ne pouvait servir à financer les cotisations de l'employeur à l'arrangement CD. Elle a statué que, selon le texte du régime de 2000, deux caisses distinctes avaient été créées — l'une pour l'arrangement PD et l'autre pour l'arrangement CD. Elle est arrivée à la conclusion qu'il y avait « en droit » deux régimes et deux caisses de retraite, lesquels ne pouvaient être mis en commun.

[16] La Cour divisionnaire a conclu que le Tribunal avait eu raison d'affirmer qu'il n'avait pas compétence pour ordonner le paiement des dépens à même la caisse ((2006), 209 O.A.C. 21). Toutefois, elle estimait qu'elle avait compétence pour le faire. Elle a ordonné à la société de payer les dépens du comité sur une base d'indemnisation partielle ((2006), 213 O.A.C. 271). Elle a aussi ordonné que la différence entre ces dépens et les dépens avocat-client du comité soit payée à même la caisse.

[17] La juge Gillese, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario, a accueilli l'appel de la société, a rejeté l'appel incident du comité et a confirmé les décisions du Tribunal sur

this Court: 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, and 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625.

IV. Issues

[17a] 1. Did the Tribunal err in concluding that the Company did not have the obligation to pay the expenses at issue?

2. Did the Tribunal err in concluding that the Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DB arrangement?

3. Did the Tribunal err in concluding that the Company was entitled to take contribution holidays with respect to the DC arrangement?

4a. Did the Tribunal err in holding that it could not award costs from a pension trust fund?

4b. Did the Court of Appeal err in declining to award costs to the Committee from the Trust Fund?

[18] An issue surrounding the notice given by the Company in relation to its 2000 amendments was raised before the Tribunal and the courts below. It was not argued before this Court.

V. Preliminary Matters

A) *Pension Terminology*

[19] There are two main categories of pension plans. Defined Benefit plans ("DB" plans) guarantee the employees specific benefits on retirement. The employer is usually responsible to make contributions which ensure the plan's trust fund can cover the expected future benefits that it will pay out to retiring employees. Actuaries are generally retained to estimate the contributions needed. Should the actuary determine that the funds in the trust are greater than the amount needed to cover future benefits, the plan is said to be in surplus. If the legislation and plan documentation permits, the

les questions dont la Cour est saisie : 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, et 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625.

IV. Questions en litige

[17a] 1. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société n'était pas tenue de payer les frais en question?

2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement PD?

3. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant que la société pouvait suspendre ses cotisations dans le cadre de l'arrangement CD?

4a. Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu'il ne pouvait pas ordonner le paiement des dépens à même une caisse de retraite?

4b. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en refusant d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse de retraite?

[18] Une question se rapportant à l'avis donné par la société relativement aux modifications apportées en 2000 a été soulevée devant le Tribunal et les tribunaux d'instance inférieure. Cette question n'a pas été débattue devant la Cour.

V. Questions préliminaires

A) *Terminologie des régimes de retraite*

[19] Il existe deux catégories principales de régimes de retraite. Les régimes PD garantissent aux employés des prestations de retraite déterminées. L'employeur est normalement tenu de cotiser pour que la caisse en fiducie du régime couvre les prestations dont on s'attend qu'il versera aux employés qui prennent leur retraite. Des actuaires sont généralement chargés d'évaluer le montant des cotisations à verser. Si l'actuaire constate que les fonds de la fiducie dépassent le montant nécessaire pour couvrir les prestations futures, on dit que le régime enregistre un excédent. Si la législation et les documents

employer may take a contribution holiday, whereby the surplus funds are used to cover the employer's contribution obligations. Should the actuary determine that the trust has less money than is needed to cover future benefits, the plan is in deficit and the employer is required to make the necessary contributions to ensure the benefit obligations can be met.

[20] In Defined Contribution plans ("DC" plans), the employer guarantees the amount of contribution it will make for each employee. The benefits on retirement are determined by these contributions and any earnings from their investment. Since no benefits are guaranteed, DC plans do not have surpluses or deficits.

[21] A further distinction exists between terminating, winding up, and closing a pension plan. Termination and wind-up are part of the process of discontinuing a pension plan, whereby contributions cease being made, benefits cease being paid out and assets are distributed. Generally earned employee benefits are paid into a new retirement vehicle for the employees: see A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 502 ff. and S. G. Seller, *Ontario Pension Law Handbook* (2nd ed. 2006), at pp. 61 ff. Closing a plan's membership, by contrast, does not imply discontinuing it or liquidating its assets. A closed plan will continue to pay benefits to its members and may continue to require contributions. However, it will no longer accept new members.

B) *Standard of Review*

[22] On the issues before this Court, the Divisional Court reviewed the Tribunal's decision on a correctness standard. The Court of Appeal reviewed the issues of Plan expenses, DB contribution holidays and DC contribution holidays on a reasonableness standard, though it would have upheld the Tribunal's rulings on a correctness review as well. It reviewed the issue of the Tribunal's authority to award costs from the Fund on a correctness standard.

relatifs au régime le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations, et les fonds excédentaires servent à couvrir les obligations de l'employeur en matière de cotisations. Si l'actuaire constate que la fiducie ne possède pas l'argent requis pour couvrir les prestations futures, le régime accuse un déficit et l'employeur doit verser les cotisations nécessaires pour s'acquitter de ses obligations en matière de prestations.

[20] Dans les régimes CD, l'employeur garantit le montant de la cotisation qu'il versera pour chaque employé. Les prestations de retraite sont déterminées en fonction de ces cotisations et de leurs gains d'investissement. Comme les prestations ne sont pas garanties, les régimes CD ne sont ni excédentaires ni déficitaires.

[21] Une autre distinction est établie entre la cessation, la liquidation et la fermeture d'un régime de retraite. La cessation et la liquidation s'inscrivent dans le processus d'interruption d'un régime de retraite; le versement des cotisations et des prestations cesse et les actifs sont distribués. En général, les prestations accumulées sont versées dans un nouvel instrument d'épargne-retraite pour les employés : voir A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 502 et suiv., et S. G. Seller, *Ontario Pension Law Handbook* (2e éd. 2006), p. 61 et suiv. Par contre, la fermeture d'un régime ne commande pas la cessation ou la liquidation. Un régime fermé continue de verser des prestations à ses participants et peut continuer d'exiger des cotisations. Toutefois, il n'accepte plus de nouveaux participants.

B) *Norme de contrôle*

[22] En ce qui concerne les questions dont la Cour est saisie, la Cour divisionnaire a appliqué à son examen de la décision du Tribunal la norme de la décision correcte. La Cour d'appel a examiné les questions des frais du régime, de la suspension des cotisations au volet PD et de la suspension des cotisations au volet CD selon la norme de la raisonnabilité, bien qu'elle aurait aussi confirmé les décisions du Tribunal selon la norme de la décision correcte. Elle a appliqué la norme de la décision correcte à l'examen de la question du pouvoir du Tribunal d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[23] Since the Court of Appeal released its decision in this case, this Court has revisited the analytical framework for determining standard of review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. That decision established a two-step process for determining the applicable standard of review (para. 62).

[24] Under the first step of the process, the court must "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" (para. 62). In *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, this Court applied a standard of correctness to the Tribunal's ruling involving the interpretation of the *PBA*. This case does not involve the interpretation of the *PBA*. It is, therefore, necessary to consider the second step of the *Dunsmuir* process.

[25] The second step involves applying the "standard of review analysis", which Bastarache and LeBel JJ. explained this way in *Dunsmuir*, at para. 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.

[26] In this case, there is no privative clause.

[27] Under the *PBA*, the purpose of the Tribunal is to review decisions of the Superintendent of Financial Institutions in the context of the regulation of the pension sector. Where it is of the opinion that the *PBA* is not being followed, the Superintendent "may require an administrator or any other person to take or to refrain from taking any action in respect of a pension plan or a pension

[23] Depuis que la Cour d'appel a rendu sa décision en l'espèce, la Cour a réexaminé dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, le cadre d'analyse permettant de déterminer la norme de contrôle applicable et elle a établi à cette fin un processus en deux étapes (par. 62).

[24] À la première étape, la cour « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier » (par. 62). Dans *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, la Cour a appliqué la norme de la décision correcte à la conclusion du Tribunal relative à l'interprétation de la *LRR*. En l'espèce, l'interprétation de la *LRR* n'est pas en cause. Il faut donc passer à la deuxième étape du processus établi dans *Dunsmuir*.

[25] À la deuxième étape, il faut entreprendre l'« analyse relative à la norme de contrôle », que les juges Bastarache et LeBel ont expliquée ainsi dans *Dunsmuir* :

> 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. [par. 64]

[26] En l'espèce, il n'existe aucune clause privative.

[27] Aux termes de la *LRR*, le Tribunal a pour raison d'être l'examen des décisions du surintendant des institutions financières dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. S'il est d'avis que la *LRR* n'est pas respectée, le surintendant « peut [. . .] demander à un administrateur ou à une autre personne de prendre ou de s'abstenir de prendre des mesures à l'égard d'un régime de

fund" (s. 87(1) and (2)). The *PBA* provides a right of appeal to the Tribunal for many of these orders at the proposal stage. At s. 89(9), it grants the Tribunal the power to

> direct the Superintendent to carry out or to refrain from carrying out the proposal and to take such action as the Tribunal considers the Superintendent ought to take in accordance with this Act and the regulations, and for such purposes, the Tribunal may substitute its opinion for that of the Superintendent.

The Tribunal, therefore, serves an adjudicative function within Ontario's pension regulation scheme.

[28] The purpose of the *PBA* was explained at para. 13 of *Monsanto*, citing *GenCorp Canada Inc. v. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (Ont. C.A.), at para. 16:

> [T]he *Pension Benefits Act* is clearly public policy legislation establishing a carefully calibrated legislative and regulatory scheme prescribing minimum standards for all pension plans in Ontario. It is intended to benefit and protect the interests of members and former members of pension plans, and "evinces a special solicitude for employees affected by plant closures".

In *Monsanto*, Deschamps J. noted that this objective of protecting employees is balanced against the fact that pension legislation is a complex administrative scheme in which the regulator has a certain advantage because it is closer to the industry (para. 14). The Tribunal plays a role in the administration of this complex scheme when reviewing decisions of the Superintendent taken under the *PBA*.

[29] The questions at issue in this appeal are largely questions of law, in that they involve the interpretation of pension plans and related texts, as noted above. However, the Tribunal does have expertise in the interpretation of such texts, being both close to the industry and more familiar with the administrative scheme of pension law.

retraite ou d'une caisse de retraite » (par. 87(1) et (2)). La *LRR* prévoit un droit devant le Tribunal à l'encontre de bon nombre de ces avis d'intention de rendre un ordre. Au paragraphe 89(9), elle autorise le Tribunal à

> enjoindre au surintendant de donner suite ou de s'abstenir de donner suite à l'intention, et de prendre les mesures que le Tribunal estime qu'il devrait prendre conformément à la présente loi et aux règlements et, à ces fins, le Tribunal peut substituer son opinion à celle du surintendant.

Le Tribunal exerce donc une fonction juridictionnelle dans le régime de réglementation des régimes de retraite de l'Ontario.

[28] Au paragraphe 13 de *Monsanto*, la Cour a expliqué l'objet de la *LRR* en citant *GenCorp Canada Inc. c. Ontario (Superintendent, Pensions)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 497 (C.A. Ont.), par. 16 :

> [TRADUCTION] [L]a *Loi sur les régimes de retraite* est manifestement une loi d'intérêt général instaurant un cadre législatif et réglementaire soigneusement conçu qui prescrit des normes minimales applicables à tous les régimes de retraite en Ontario. Elle vise à favoriser et à protéger les intérêts des participants et anciens participants aux régimes de retraite et « démontre une grande sollicitude envers les employés touchés par une fermeture d'entreprise ».

Dans *Monsanto*, la juge Deschamps a signalé que la recherche d'un équilibre entre cet objectif de protection des employés et le fait que la législation sur les régimes de retraite est un régime administratif complexe où l'organisme de réglementation jouit d'un certain avantage parce qu'il est plus près du secteur d'activités (par. 14). Le Tribunal joue un rôle dans l'administration de ce régime complexe lorsqu'il examine les décisions prises par le surintendant en vertu de la *LRR*.

[29] Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont essentiellement des questions de droit car elles portent sur l'interprétation des régimes de retraite et des textes s'y rapportant, comme je l'ai déjà signalé. Toutefois, le Tribunal possède une expertise pour l'interprétation de ces textes puisqu'il est près du secteur d'activités et qu'il connaît davantage le régime administratif du droit régissant les régimes de retraite.

[30] Having regard to the purpose of the Tribunal, the nature of the questions and the expertise of the Tribunal, the appropriate standard of review is reasonableness for the issues of Plan expenses, DB contribution holidays and DC contribution holidays.

[31] The issue of the Tribunal's authority to order costs from the Fund requires the interpretation of the Tribunal's enabling statute, the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28. As noted in *Dunsmuir*, at para. 54, "[d]eference 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".

[32] On the other hand, para. 59 of *Dunsmuir* states that "[a]dministrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*." However, para. 59 goes on to note that it is important "to take a robust view of jurisdiction" and that true questions of jurisdiction "will be narrow".

[33] Administrative tribunals are creatures of statute and questions that arise over a tribunal's authority that engage the interpretation of a tribunal's constating statute might in one sense be characterized as jurisdictional. However, the admonition of para. 59 of *Dunsmuir* is that courts should be cautious in doing so for fear of returning "to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years".

[34] The inference to be drawn from paras. 54 and 59 of *Dunsmuir* is that courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness of standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal's authority.

[30] Compte tenu de la raison d'être du Tribunal, de la nature des questions en jeu et de l'expertise du Tribunal, la norme de contrôle applicable à l'examen des questions liées aux frais du régime, aux suspensions des cotisations au régime PD et aux suspensions des cotisations au régime CD est celle de la décision raisonnable.

[31] La question de savoir si le Tribunal peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse exige l'interprétation de la loi créant le Tribunal, la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28. Comme l'a souligné la Cour dans *Dunsmuir*, par. 54, « [l]orsqu'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 ».

[32] En revanche, la Cour a affirmé dans *Dunsmuir*, par. 59 : « Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. » Elle a toutefois ajouté qu'il importe « de considérer la compétence avec rigueur » et que les véritables questions de compétence ont « une portée restreinte ».

[33] Les tribunaux administratifs sont constitués par la loi et les questions portant sur leurs pouvoirs qui nécessitent l'interprétation de la loi constitutive pourraient en un sens être qualifiées de questions de compétence. Dans *Dunsmuir*, par. 59, la Cour recommande toutefois aux tribunaux de faire preuve de prudence lorsqu'ils décident s'il s'agit de questions de compétence, par crainte 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 ».

[34] Selon ce qui ressort des par. 54 et 59 de *Dunsmuir*, la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal.

[35] Here there is no question that the Tribunal has the statutory authority to enquire into the matter of costs; the issue involves the Tribunal interpreting its constating statute to determine the parameters of the costs order it may make. The question of costs is one that is incidental to the broad power of the Tribunal to review decisions of the Superintendent in the context of the regulation of pensions. It is one over which the Court should adopt a deferential standard of review to the Tribunal's decision.

[36] I have arrived at the same conclusion as the Court of Appeal with respect to the standard of review that is applicable to the issues before this Court except on the issue of the Tribunal's jurisdiction to award costs from the Fund. As mentioned above, Gillese J.A. also found that the Tribunal's decisions on these issues withstood a correctness review. She came to this conclusion through an analysis that was more detailed than is necessary for a review on a standard of reasonableness. However, her analysis is cogent and proves that the Tribunal's decisions would clearly satisfy a review on a reasonableness standard. These reasons adopt large portions of her analysis.

VI. Issue 1 — Plan Expenses

A) *Background*

[37] Since 1985, Plan expenses had been paid from the Fund, rather than by the Company. These include expenses relating to accounting, actuarial, investment and trustee services. In 1994, the Company accepted that it was responsible for certain trustee fees and administrative expenses. As a result, it reimbursed approximately $235,000 to the Fund. The remaining expenses, totalling approximately $850,000 through 2002 remain in dispute.

[38] The Tribunal ruled that expenses were payable from the Trust Fund, with the exception of $6,455 in consulting fees relating to a study of

[35] En l'espèce, il ne fait aucun doute que la loi confère au Tribunal le pouvoir d'examiner la question des dépens; le Tribunal doit interpréter sa loi constitutive afin d'établir les paramètres de l'ordonnance relative aux dépens qu'il peut rendre. La question des dépens est liée au pouvoir général du Tribunal d'examiner les décisions du surintendant dans le contexte de la réglementation des régimes de retraite. La Cour devrait appliquer la norme de contrôle qui commande la déférence à l'égard de la décision du Tribunal relative à la question des dépens.

[36] Je suis arrivé à la même conclusion que la Cour d'appel en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux questions dont la Cour est saisie, sauf pour la question de la compétence du Tribunal à adjuger des dépens par prélèvement sur la caisse. Comme je l'ai déjà dit, la juge Gillese a aussi conclu que les décisions du Tribunal sur ces questions ont résisté à la norme de la décision correcte. Elle en est venue à cette conclusion en effectuant une analyse plus détaillée que nécessaire pour un contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable. Toutefois, son analyse est convaincante et prouve que les décisions du Tribunal satisferaient clairement à cette norme de contrôle. Dans les présents motifs, je reprends de grandes parties de son analyse.

VI. Question 1 — Frais du régime

A) *Contexte*

[37] Depuis 1985, les frais du régime ont été payés par prélèvement sur la caisse plutôt que par la société. Ces frais comprennent les dépenses liées aux services de comptabilité, d'actuariat, d'investissement et de fiducie. En 1994, la société a reconnu qu'elle était tenue de payer certains honoraires du fiduciaire et certains frais administratifs. Par conséquent, elle a remboursé près de 235 000 $ à la caisse. Les autres frais, évalués à environ 850 000 $ jusqu'en 2002, sont encore en litige.

[38] Le Tribunal a statué que les frais devaient être payés par prélèvement sur la caisse de retraite, à l'exception de 6 455 $ en frais de consultation liés à

the possibility of introducing a DC component to the Plan ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL), at para. 38). The Divisional Court held that the Tribunal's decision was incorrect. The expenses could not be paid out of the Trust Fund as they were not for the exclusive benefit of the employees. Moreover, the Divisional Court ruled that the paying of expenses out of the Fund constituted a partial revocation of the Trust.

[39] Gillese J.A. approached the question of the responsibility for payment of Plan expenses by looking first to the *PBA*, as amended, and then to the common law to determine whether any statutory provisions or common law rules place such an obligation on the employer. She found nothing in the *PBA* or the common law that would impose such a requirement on the employer. She then focussed on the Plan documents and found nothing in them that would require the employer to pay Plan expenses.

[40] I am in substantial agreement with her analysis and conclusion. The Committee cites no statutory or common law authority that would oblige an employer to pay the expenses of a pension plan. Rather, the obligations of the employer will be determined by the text and context of the Plan documents.

B) *Textual Analysis*

[41] The Committee's position is that because the original Plan documents did not expressly permit Plan expenses to be paid from the Trust Fund, expenses must be paid by the employer. It argues that paying Plan expenses from the Fund would not be for the exclusive benefit of the employees and would partially revoke the Trust.

[42] The Company replies that the Plan documents do not create an express obligation for the employer to pay Plan expenses. This is because the documents do not address the Plan expenses at issue in this appeal.

une étude sur la possibilité d'ajouter un volet CD au régime ([2004] O.F.S.C.D. No. 192 (QL), par. 38). La Cour divisionnaire a conclu que la décision du Tribunal était erronée. Les frais ne pouvaient pas être payés à même la caisse puisqu'ils n'avaient pas été engagés au bénéfice exclusif des employés. De plus, la Cour divisionnaire a conclu que le paiement des frais à même la caisse constituait une révocation partielle de la fiducie.

[39] La juge Gillese a abordé la question de la responsabilité à l'égard du paiement des frais du régime en examinant d'abord la *LRR*, dans sa version modifiée, puis en examinant la common law pour déterminer si des dispositions législatives ou les règles de la common law imposent une telle obligation à l'employeur. Elle n'a rien trouvé dans la *LRR* ou dans la common law qui aurait pour effet d'imposer une telle exigence à l'employeur. Elle s'est ensuite tournée vers les documents relatifs au régime et n'y a rien trouvé qui obligerait l'employeur à payer les frais du régime.

[40] Je souscris pour l'essentiel à son analyse et à sa conclusion. Le comité ne cite aucune source de nature législative ou jurisprudentielle qui obligerait un employeur à payer les frais d'un régime de retraite. Les obligations de l'employeur seront plutôt déterminées par le texte et le contexte des documents relatifs au régime.

B) *Analyse textuelle*

[41] Le comité affirme que l'employeur doit payer les frais du régime parce que les documents originaux relatifs au régime ne permettaient pas expressément le paiement des frais par prélèvement sur la caisse. Il soutient que le prélèvement des frais du régime sur la caisse ne bénéficierait pas exclusivement aux employés et révoquerait partiellement la fiducie.

[42] La société répond que les documents relatifs au régime n'obligent pas expressément l'employeur à payer les frais du régime, et ce, parce que les documents ne traitent pas des frais en litige dans le présent pourvoi.

[43] The Committee rightly insists that it is necessary to consider the context in which the Plan documents deal with the obligation to pay expenses to determine whether by necessary implication the Company undertook to pay Plan expenses.

[44] Sections 5 and 19 of the 1958 Trust Agreement provide that the employer undertook to pay Trustee fees and Trustee expenses.

5. The expenses incurred by the Trustee in the performance of its duties, including fees for expert assistants employed by the Trustee with the consent of the Company and fees of legal counsel, and such compensation to the Trustee as may be agreed upon in writing from time to time between the Company and the Trustee, and all other proper charges and disbursements of the Trustee shall be paid by the Company, and until paid shall constitute a charge upon the Fund.

. . .

19. The Trustee shall be entitled to compensation in accordance with the Schedule of Fees on pension and profit-sharing trusts of National Trust Company, Limited now in effect, which compensation may be adjusted from time to time based upon experience hereunder, as and when agreeable to the Company and the Trustee. Compensation payable to any successor trustee shall be agreed to by the Company and such successor trustee at the time of its designation. Such compensation shall constitute a charge upon the Fund unless it shall be paid by the Company. The Company expressly agrees to pay all expenses incurred by it or by any Trustee in the execution of this Trust and to pay all compensation which may become due to any Trustee under the provisions of this Agreement. [Emphasis added.]

As between the Company and Trustee, these provisions only cover expenses incurred "in the performance of [the Trustee's] duties" and "in the execution of this Trust". They do not refer to expenses otherwise incurred in the administration of the Plan. As Gillese J.A. correctly pointed out, silence does not create an obligation on the employer to pay Plan expenses.

[43] Le comité insiste, avec raison, qu'il est nécessaire de tenir compte du contexte dans lequel les documents relatifs au régime traitent de l'obligation de payer les frais afin de déterminer si la société s'est engagée à payer les frais par déduction nécessaire.

[44] Selon les art. 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958, l'employeur s'est engagé à payer les dépenses et les honoraires des fiduciaires.

[TRADUCTION]

5. Les dépenses engagées par le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions, y compris les honoraires des spécialistes adjoints qu'il embauche avec le consentement de la société, les honoraires des conseillers juridiques, sa propre rémunération selon ce qui peut être convenu par écrit avec la société et tous les autres frais et débours du fiduciaire sont payés par la société et grèvent la caisse d'un privilège jusqu'à leur paiement.

. . .

19. Le fiduciaire a droit à une rémunération conformément au barème des honoraires relatifs aux fiducies de régimes de retraite et aux fiducies de participation aux bénéfices de la National Trust Company, Limited maintenant en vigueur. Cette rémunération peut être rajustée de temps à autre en fonction de l'expérience accumulée lorsque la société et le fiduciaire en conviennent. La société et tout fiduciaire remplaçant conviennent de la rémunération versée au fiduciaire remplaçant au moment de sa désignation. La rémunération grève la caisse d'un privilège jusqu'à son paiement par la société. La société accepte expressément de rembourser toutes les dépenses qu'elle engage ou que le fiduciaire engage dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie et de verser la totalité de la rémunération à laquelle le fiduciaire peut avoir droit aux termes de la présente convention. [Je souligne.]

Entre la société et le fiduciaire, ces dispositions ne couvrent que les dépenses engagées [TRADUCTION] « dans l'exercice de ses [le fiduciaire] fonctions » et [TRADUCTION] « dans le cadre de l'exécution de la présente fiducie ». Elles ne font pas mention des autres frais engagés dans le cadre de l'administration du régime. Comme l'a bien souligné la juge Gillese, l'absence d'une disposition n'impose pas à l'employeur l'obligation de payer les frais du régime.

[45] The Committee argues that "in the execution of this Trust" means operating a pension plan. They point to this Court's decision in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, in which Deschamps J. wrote, at para. 2: ". . . a pension trust is not a stand-alone instrument. The Trust is explicitly made part of the Plan."

[46] The Trust is indeed part of the Plan, but it is not all of the Plan; rather, it plays a role in the working of the Plan. The two are distinguished in the Plan documents.

[47] The 1954 Plan text defined the Trust Fund as the "Retirement Trust Fund established, under the terms of the Retirement Plan and the undermentioned Trust Agreement, for the accumulation of contributions as herein described and for the payment of certain benefits to Members" (s. 1). It defined the "Trustee" as the company appointed to administer the Fund (s. 1). The Trustee is responsible for the administration of the Fund from which benefits are paid in accordance with the terms of the Plan. The preamble to the 1954 Trust Agreement also makes clear that the Trust exists as a part of the Plan for the purpose of holding funds irrevocably contributed for the payment of benefits. The Trust is therefore an element of the Plan that holds the contributions and from which the benefits are paid out. The Plan itself is a broader document which sets out such things as eligibility criteria, contribution requirements, the form of benefits and what happens upon termination.

[48] Sections 5 and 19 of the 1958 Trust Agreement make clear that they apply to expenses incurred in the execution of the Trust. They do not, therefore, refer to the administration of the Plan outside the execution of the Trust.

[49] As Gillese J.A. explained, at para. 59, a properly administered pension plan requires other

[45] Le comité prétend que [TRADUCTION] « l'exécution de la présente fiducie » signifie l'administration du régime de retraite. Il renvoie à la décision de la Cour dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, où la juge Deschamps a écrit (par. 2) : « . . . une fiducie de retraite n'est pas un instrument distinct. La fiducie fait explicitement partie du Régime. »

[46] La fiducie fait effectivement partie du régime, mais elle ne constitue pas l'ensemble du régime. Elle joue plutôt un rôle dans son fonctionnement. Les documents relatifs au régime établissent une distinction entre les deux.

[47] Selon la définition qu'en donne le texte du régime de 1954, la caisse en fiducie est la [TRADUCTION] « caisse de retraite en fiducie établie aux termes du régime de retraite et de la convention de fiducie mentionnée ci-après, pour l'accumulation des cotisations décrites aux présentes et pour le versement de certaines prestations aux participants » (art. 1). Le même texte définit le « fiduciaire » comme étant l'entreprise désignée pour administrer la caisse (art. 1). Le fiduciaire est responsable de l'administration de la caisse qui verse les prestations conformément au régime. Le préambule de la convention de fiducie de 1954 établit également clairement que la fiducie existe dans le cadre du régime et doit détenir les sommes versées de façon irrévocable en vue du paiement des prestations. La fiducie est donc l'élément du régime qui permet de détenir les cotisations d'où proviennent les prestations versées. Le régime en soi est un document plus vaste qui énonce notamment les critères d'admissibilité, les exigences en matière de cotisations, la forme des prestations et ce qu'il advient à la cessation du régime.

[48] Il ressort clairement des art. 5 et 19 de la convention de fiducie de 1958 que ces articles ne s'appliquent qu'aux frais engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. Par conséquent, ils ne traitent pas de l'administration du régime sauf en ce qui concerne la fiducie.

[49] Comme l'a expliqué la juge Gillese au par. 59, l'administration d'un régime de retraite exige des

services than those of the trustee, such as actuarial, accounting and investment services. In this case, the responsibility for such services rested not with the trustee, but with the "Retirement Committee", as part of its responsibility for the administration of the Plan. Section 4 of the original Plan text provides:

ADMINISTRATION OF THE PLAN

The Plan shall be administered by a Retirement Committee consisting of at least three members appointed by the Company.

. . .

The Committee shall have the right and power, among other rights and powers,

. . .

(c) to employ or appoint Actuaries, Accountants, Counsel (who may be Counsel for the Company) and such other services as it may require from time to time in the administration of the Plan.

[50] Obviously, there are expenses associated with the employment of actuaries, accountants, counsel and other services required for the administration of the Plan. These are expenses of the Plan, but they are not fees and expenses incurred in the execution of the Trust. I think it is a fair inference that where the employer undertook to pay amounts associated with the Plan, its obligations were expressly stated. The expenses it undertook to pay were those incurred in the execution of the Trust and not others.

[51] The Committee says that because the 1958 amendments to the Trust Agreement provided that taxes, interest and penalties were to be paid from the Fund, by implication all other expenses are the responsibility of the employer. However, s. 11 of the 1958 amendments also provided that:

11. This Agreement may be amended in whole or in part or be terminated any time and from time to time by

services autres que ceux du fiduciaire, notamment des services d'actuariat, de comptabilité et d'investissement. En l'espèce, il incombait au comité de retraite, et non au fiduciaire, de fournir ces services dans le cadre de ses responsabilités touchant l'administration du régime. L'article 4 du texte original du régime prévoit :

[TRADUCTION]

ADMINISTRATION DU RÉGIME

Le régime est administré par un comité de retraite composé d'au moins trois membres nommés par la société.

. . .

Le comité exerce notamment le droit et le pouvoir

. . .

c) d'employer ou de nommer des actuaires, des comptables, des conseillers (lesquels peuvent être des conseillers de la société) et les autres professionnels nécessaires au besoin pour l'administration du régime.

[50] Bien entendu, l'obtention des services d'actuaires, de comptables, de conseillers et d'autres professionnels nécessaires pour l'administration du régime comporte des dépenses. Il s'agit des frais du régime et non des honoraires et des dépenses engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie. L'on peut, je crois, légitimement conclure que lorsque l'employeur a entrepris de verser des sommes liées au régime, ses obligations étaient expressément indiquées. Il n'a entrepris de payer que les frais engagés dans le cadre de l'exécution de la fiducie, et aucuns autres.

[51] Le comité prétend que, parce que les modifications apportées à la convention de fiducie en 1958 prévoyaient le paiement d'impôts, d'intérêts et de pénalités par prélèvement sur la caisse, il faut en déduire qu'il incombait à l'employeur de payer tous les autres frais. Toutefois, l'art. 11 des modifications de 1958 prévoyait également :

[TRADUCTION]

11. La présente convention peut être modifiée en totalité ou en partie ou être résiliée à tout moment ou au

an instrument in writing executed by the Company and the then Trustee; provided however that unless approved by the Minister of National Revenue no such amendment shall authorize or permit any part of the Fund to be used for, or diverted to, purposes other than for the exclusive benefit of such employees, or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be included under the Plan, and for the payment of taxes assessments or other charges as provided in Section 5 and Section 19 herein, provided, it being understood that this proviso is not to be construed to enlarge the obligations of the Company beyond those assumed by it under the Plan. [Emphasis added.]

The last part of this section specifies that the amendments do not increase the employer's original obligations with respect to the expenses for which it was responsible. The original documentation was silent as to the obligation to pay Plan expenses other than those associated with the Trust. The 1958 amendments could not impose any additional obligations on the Company because s. 11 expressly provided that the Trust Agreement was not to be construed as enlarging the Company's obligations.

C) *"Exclusive Benefit"*

[52] Nor could the language in s. 11 forbidding trust funds from being used for any purpose other than the exclusive benefit of the employees impose an obligation on the Company to pay the Plan expenses. The "exclusive benefit" language in s. 11 is subject to the limitation that it will not enlarge the Company's obligations. While it is true that the employer did pay the expenses at issue for a number of years, it was never under any obligation to do so. In light of there being no obligation on the Company and of the expenses at issue being essential to the administration of the Plan, subsequent amendments allowing the expenses to be paid out of the Trust Fund do not infringe the exclusive benefit language.

[53] Nor can the term "exclusive benefit" be construed to mean that no one but the employees can benefit from a use of the trust funds. Many persons will benefit indirectly from a use of pension funds. Notably, the employee's family would benefit from the employee's long-term financial security.

besoin par un écrit signé par la société et le fiduciaire; toutefois, telle modification ne peut, sans l'approbation du ministre du Revenu national, autoriser ou permette l'utilisation d'une partie de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés ou de leurs bénéficiaires ou représentants qui peuvent participer au régime, ainsi que pour le paiement d'impôts, de cotisations ou pour d'autres charges prévues aux articles 5 et 19 des présentes, ces limitations n'étant pas par ailleurs réputées créer pour la société des obligations autres que celles qu'elle a assumées aux termes du régime. [Je souligne.]

La dernière partie de cet article précise que les modifications ne peuvent étendre les obligations relatives aux frais de l'employeur au-delà de celles que le régime lui imposait à l'origine. Les documents originaux ne mentionnent pas l'obligation de payer les autres frais du régime autres que ceux qui sont liés à la fiducie. Les modifications de 1958 ne pouvaient pas imposer d'autres obligations à la société parce que l'art. 11 prévoyait expressément que la convention de fiducie n'était pas réputée lui créer d'autres obligations.

C) *« Bénéfice exclusif »*

[52] Le libellé de l'art. 11, qui interdit l'utilisation de la caisse à d'autres fins que le bénéfice exclusif des employés, ne pouvait pas non plus imposer à la société l'obligation de payer les frais du régime. L'expression « bénéfice exclusif » à l'art. 11 est assujettie à la restriction qu'elle ne créera pas d'autres obligations pour la société. Il est vrai que l'employeur a payé les frais en question pendant un certain nombre d'années, mais il n'était jamais tenu de le faire. Comme la société n'avait nulle obligation, et que les frais en question sont essentiels à l'administration du régime, les modifications ultérieures qui permettent le paiement de ces frais à même la caisse ne contredisent pas l'expression « bénéfice exclusif ».

[53] L'expression « bénéfice exclusif » ne peut pas non plus être interprétée de manière à signifier que seuls les employés peuvent bénéficier de l'utilisation de la caisse de retraite. Nombreux seront ceux qui en bénéficieront indirectement. Par exemple, la famille de l'employé pourrait bénéficier de la sécurité financière à long terme de ce dernier.

[54] An employer might also benefit in a number of ways. The U.S. Supreme Court, in dealing with an employer's introduction of an early retirement plan, recognized that an employer can legitimately receive a number of incidental benefits from a pension plan even though the plan is subject to legislation containing exclusive benefit language. These incidental benefits include "attracting and retaining employees, paying deferred compensation, settling or avoiding strikes, providing increased compensation without increasing wages, increasing employee turnover, and reducing the likelihood of lawsuits by encouraging employees who would otherwise have been laid off to depart voluntarily": *Lockheed Corp. v. Spink*, 517 U.S. 882 (1996), at pp. 893-94. Such indirect or incidental benefits from the use of pension funds do not mean that the funds are being used for a purpose other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries.

[55] Here the existence of the Plan is a benefit to the employees. The payment of Plan expenses is necessary to ensure the Plan's continued integrity and existence. It is therefore to the exclusive benefit of the employees, within the meaning of s. 11, that expenses for the continued existence of the Plan are paid out of the Fund.

[56] The Committee has sought to rely on *Hockin v. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538. The British Columbia Court of Appeal was called upon to rule on the propriety of the employer charging expenses to the pension trust fund. The Court of Appeal wrote, at para. 59:

> The bank not only charged the costs of its internal staff but also the costs of the actuaries involved in the plan conversion and the cost of producing the video and other publicity material designed to persuade the employees to participate in the new plan. These costs were, in our view, incurred by the bank rather more for its own benefit than for the benefit of the employees and were collateral to the purposes of the pension fund.

This conclusion is not unlike the Tribunal's conclusion in this case; the Tribunal held that consulting fees related to studying the possibility of adding a

[54] Un employeur peut aussi en bénéficier de plusieurs façons. Dans le cas de la création d'un régime de retraite anticipée, la Cour suprême des États-Unis a reconnu qu'un employeur peut légitimement bénéficier d'un certain nombre d'avantages accessoires d'un régime de retraite même si le régime est assujetti à une loi prévoyant le bénéfice exclusif. La Cour a mentionné, entre autres avantages accessoires, [TRADUCTION] « attirer et fidéliser les employés, payer une rémunération différée, régler ou éviter les grèves, prévoir une rémunération plus généreuse sans augmenter les salaires, accroître le roulement des employés et réduire les risques de poursuites en encourageant les employés qui auraient normalement été encouragés à partir volontairement » : *Lockheed Corp. c. Spink*, 517 U.S. 882 (1996), p. 893-894. De tels avantages indirects ou accessoires ne signifient pas pour autant que la caisse de retraite est utilisée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires.

[55] En l'espèce, l'existence du régime constitue en soi un avantage pour les employés. Le paiement des frais du régime est nécessaire pour préserver l'intégrité et assurer le maintien du régime. Il est donc au bénéfice exclusif des employés, au sens de l'art. 11, que les frais visant à assurer le maintien du régime soient payés à même la caisse.

[56] Le comité a voulu invoquer *Hockin c. Bank of British Columbia* (1995), 123 D.L.R. (4th) 538. Dans cette affaire, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été appelée à se prononcer sur la légitimité pour l'employeur d'imputer le paiement des frais à la caisse de retraite. Elle a écrit :

> [TRADUCTION] La banque a non seulement imputé les frais afférents à son personnel, mais aussi les frais afférents aux actuaires ayant participé à la conversion du régime ainsi que le coût de production de la vidéo et du matériel publicitaire conçus pour persuader les employés de participer au nouveau régime. À notre avis, la banque a engagé ces frais bien plus pour son propre bénéfice plutôt qu'au bénéfice des employés et ces frais étaient accessoires aux objectifs de la caisse de retraite. [par. 59]

Cette conclusion n'est pas sans rappeler la décision du Tribunal en l'espèce, qui a conclu que les frais de consultation engagés pour étudier la possibilité

DC part to the Company's Pension Plan were not for the employees' exclusive benefit and could not be charged to the Plan. Rather than considering all the expenses at issue together and coming to a global judgement on whom they benefited more, the Tribunal in this case considered the various expenses separately and decided whether each one was for the benefit of the employees. Such an approach is eminently reasonable.

D) *Partial Revocation and Markle*

[57] I reject the Committee's contention that allowing for the Plan expenses to be paid out of the Trust constitutes a partial revocation of the Trust.

[58] This Court ruled in *Schmidt* that an employer cannot remove pension funds it has placed in a trust unless it expressly reserved the power of revocation at the time the trust was created. Cory J. wrote, at p. 643: "Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it."

[59] Paying plan expenses out of the trust fund is not a matter of the settlor (the Company in this case) exercising a power of control on a part of the property it has transferred to the trust. So long as nothing in the plan texts requires the paying of expenses by the employer, funds in the pension trust can be used to pay reasonable and *bona fide* expenses. In the absence of an obligation on the employer to pay the plan expenses, to the extent that the funds are paying legitimate expenses necessary to the integrity and existence of the plan, the employer is not purporting to control the use of funds in the trust.

[60] In this case, Plan expenses were incurred for services of third parties and not those of the employer. However, in my view whether the services are provided by third parties or the employer itself is immaterial as long as the expenses charged

d'ajouter une composante CD au régime de retraite de la société n'étaient pas au bénéfice exclusif des employés et ne pouvaient pas être imputés au régime. Au lieu d'examiner tous les frais dans leur ensemble et d'arriver à une conclusion générale sur la question de savoir qui en a bénéficié davantage, le Tribunal a examiné les divers frais séparément et a déterminé si chacun de ces frais avait été engagé au bénéfice des employés. Une telle démarche est éminemment raisonnable.

D) *La révocation partielle et l'affaire Markle*

[57] Je rejette la prétention du comité selon laquelle le paiement des frais du régime à même la caisse constitue une révocation partielle de la fiducie.

[58] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu qu'un employeur ne peut retirer de la fiducie des fonds qu'il a versés que s'il s'est expressément réservé le pouvoir de révoquer la fiducie au moment où elle a été créée. Le juge Cory a écrit (p. 643) : « En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujetti à ce pouvoir. »

[59] Le paiement des frais à même la caisse en fiducie n'est pas une question de pouvoir de contrôle du constituant (la société en l'espèce) sur une partie des biens transférés dans la fiducie. Tant et aussi longtemps que les textes du régime n'obligent pas l'employeur à payer les frais, les sommes qui se trouvent dans la caisse de retraite peuvent être utilisées pour payer les frais raisonnables et légitimes. En l'absence d'une obligation de l'employeur de payer les frais du régime, dans la mesure où les fonds servent à payer des frais légitimes nécessaires pour l'intégrité et le maintien du régime, l'employeur ne prétend pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie.

[60] En l'espèce, les frais du régime ont été engagés pour des services fournis par des tiers et non par l'employeur. À mon avis, toutefois, la question de savoir si les services sont fournis par des tiers ou par l'employeur est sans importance dans la mesure

are reasonable and the services necessary. The Committee cited *Markle v. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321, in which the Ontario Court of Appeal disallowed the City of Toronto's attempt to charge its employee pension fund for expenses it incurred itself in providing services necessary to the administration of the pension plan. The by-law which set out the terms of the plan had previously made the City responsible for those expenses. The City attempted to amend these terms such that it would be entitled to recover the costs of administrative services it provided to the plan. The Ontario Court of Appeal ruled that the City of Toronto's actions constituted a partial revocation of the trust.

[61] *Markle*, however, is distinguishable from the present case. In *Markle*, the City had a previous obligation to pay plan expenses, which it attempted to amend both retroactively and prospectively. The retroactive amendment allowing the City to recover for expenses it had been required to pay before the amending legislation was passed was inconsistent with the terms of the trust, which required the City to pay plan expenses over the period that the amendment covered. The amendment sought to charge the trust for services already performed and for which the City was to bear the expense; it was not an amendment to reflect the true intention of the earlier plan text.

[62] The prospective amendment would have required the trustees to pay from the trust fund expenses for services the City had previously agreed to cover. This was considered to fetter the discretion of the trustees, and in so doing, return control over funds in the plan trust fund to the City, thereby resulting in an impermissible partial revocation of the trust. The wording of previous amendments relating to expenses made them payable from the trust fund "subject to the approval of the Board of Trustees". By conferring control on the Board of Trustees, the City was not purporting to control use of trust funds or to fetter the trustee's discretion. Unlike the impugned amendments, these earlier amendments did not constitute a revocation of the trust.

où les frais prélevés sont raisonnables et les services sont nécessaires. Le comité a cité *Markle c. Toronto (City)* (2003), 63 O.R. (3d) 321, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la démarche de la ville de Toronto visant à prélever sur la caisse de retraite de ses employés les frais qu'elle a engagés pour fournir les services nécessaires à l'administration du régime de retraite. Le règlement qui énonçait les modalités du régime avait déjà rendu la ville responsable de ces frais. La ville a tenté de modifier ces modalités de manière à pouvoir recouvrer le coût des services administratifs fournis au régime. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que les mesures prises par la ville de Toronto constituaient une révocation partielle de la fiducie.

[61] Cependant, *Markle* se distingue de la présente affaire. Dans *Markle*, la ville avait déjà l'obligation de payer les frais du régime, et elle a essayé de modifier le régime de façon rétroactive et prospective. La modification rétroactive permettant à la ville de recouvrer les frais qu'elle avait été tenue de payer avant l'adoption du texte législatif modificatif contredisait les modalités de la fiducie, laquelle obligeait la ville à payer les frais du régime au cours de la période visée par la modification. La modification visait à facturer à la fiducie les services déjà rendus dont les frais devaient être payés par la ville; elle ne visait pas à refléter la véritable intention du texte précédent.

[62] La modification prospective aurait obligé les fiduciaires à payer à même la caisse les frais que la ville avait déjà accepté de payer. On a estimé que cela entravait le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires et, ce faisant, remettait à la ville la responsabilité des fonds se trouvant dans la caisse de retraite, entraînant ainsi une révocation partielle inacceptable de la fiducie. En raison du libellé des modifications précédentes, les frais étaient payables par prélèvement sur la caisse [TRADUCTION] « sous réserve de l'approbation du conseil des fiduciaires ». En attribuant la responsabilité au conseil des fiduciaires, la ville ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds en fiducie ni entraver le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires. Contrairement aux modifications contestées, les modifications précédentes ne constituaient pas une révocation de la fiducie.

[63] The situation in the present case is different because the Trust Agreement had never imposed an obligation on the Company to pay Plan expenses. The Company did not purport to control the use of funds it had placed in trust by forcibly shifting its own obligation onto the Trust Fund.

[64] Each case will turn on its own facts and the terms of the plan and trust at issue. Unlike *Markle* where the employer attempted to cancel its own obligation to pay plan expenses by obliging the trustees to pay them from the fund, here there was no obligation to pay Plan expenses, nor any action that was inconsistent with the Company's power of amendment.

[65] Where trust funds may be used for the payment of plan expenses for services required by the plan, the distinction between whether the services are provided by the settlor or a third party is artificial. The only consideration is whether funds can be used to pay expenses and the legitimacy and reasonableness of the costs incurred. To the extent that the expenses at issue are *bona fide* expenses necessary to the administration of the pension plan, it should not matter whether the expenses are owed to a third party or to the employer itself. There is no reason in principle why the employer should be obliged to contract out such services.

[66] For these reasons, I would not disturb the findings of the Tribunal with respect to Plan expenses.

VII. Issue 2 — DB Contribution Holidays

[67] Since 1985, the employer has taken contribution holidays from its funding obligations to the employees covered by the DB part of the Plan. The Committee argues that the Plan forbids DB contribution holidays in this case because it provides a specific formula for calculating the Company's contributions. That is, the Company's contributions to the DB arrangement are not properly determined by the exercise of actuarial discretion.

[63] La situation en l'espèce est différente puisque la convention de fiducie n'avait jamais imposé à la société une obligation de payer les frais du régime. La société ne prétendait pas contrôler l'utilisation des fonds qu'elle avait versés en fiducie en rejetant sur la caisse sa propre obligation.

[64] Chaque affaire repose sur les faits qui lui sont propres et sur les modalités du régime et de la fiducie en question. Contrairement à l'affaire *Markle* où l'employeur a tenté d'annuler sa propre obligation de payer les frais en obligeant les fiduciaires à les prélever sur la caisse, l'employeur en l'espèce n'était pas tenu de payer les frais du régime et n'a rien fait qui soit incompatible avec son pouvoir de le modifier.

[65] Lorsque les fonds en fiducie peuvent être utilisés pour payer les frais afférents aux services nécessaires au régime, la distinction entre les services fournis par le constituant et ceux fournis par un tiers est artificielle. La seule question est de savoir si les frais peuvent être payés à même la caisse et si les frais engagés sont légitimes et raisonnables. Dans la mesure où les frais en question sont légitimes et nécessaires à l'administration du régime de retraite, il importe peu que les frais soient dus à un tiers ou à l'employeur. Il n'y a aucune raison, en principe, d'obliger l'employeur de recourir à la sous-traitance.

[66] Pour ces raisons, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du Tribunal touchant les frais du régime.

VII. Question 2 — La suspension des cotisations dans le cadre de l'arrangement PD

[67] Depuis 1985, l'employeur a recouru aux suspensions de ses cotisations obligatoires à l'égard des employés visés par l'arrangement PD. Le comité prétend que, parce qu'il prévoit une formule de calcul des cotisations de la société, le régime en l'espèce interdit la suspension des cotisations PD. Plus précisément, l'exercice du pouvoir discrétionnaire des actuaires ne va pas jusqu'à établir les cotisations PD de la société.

[68] In *Schmidt*, this Court held that "unless the terms of the plan specifically preclude it, an employer is entitled to take a contribution holiday" (p. 638). Cory J. explained the criteria for determining whether a plan permitted contribution holidays, at p. 653, where he wrote:

> I can see no objection in principle to employers' taking contribution holidays when they are permitted to do so by the terms of the pension plan. When permission is not explicitly given in the plan, it may be implied from the wording of the employer's contribution obligation. Any provision which places the responsibility for the calculation of the amount needed to fund promised benefits in the hands of an actuary should be taken to incorporate accepted actuarial practice as to how that calculation will be made. That practice currently includes the application of calculated surplus funds to the determination of overall current service cost.

Cory J. went on to further clarify this point, at p. 656, writing:

> An employer's right to take a contribution holiday must also be determined on a case-by-case basis. The right to take a contribution holiday can be excluded either explicitly or implicitly in circumstances where a plan mandates a formula for calculating employer contributions which removes actuarial discretion. Contribution holidays may also be permitted by the terms of the plan. When the plan is silent on the issue, the right to take a contribution holiday is not objectionable so long as actuaries continue to accept the application of existing surplus to current service costs as standard practice. . . . Because no money is withdrawn from the fund by the employer, the taking of a contribution holiday represents neither an encroachment upon the trust nor a reduction of accrued benefits. [Emphasis added.]

[69] When plan documents provide that funding requirements will be determined by actuarial practice, the employer may take a contribution holiday unless other wording or legislation prohibits it.

[70] The Tribunal held that under the 1965 Plan amendments, DB contribution holidays are permitted. Section 14(b) of the Plan text was amended to read:

[68] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que « à moins que les modalités du régime ne l'empêchent de le faire, l'employeur a le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations » (p. 638). Le juge Cory a énoncé le critère applicable pour déterminer si un régime autorise les périodes d'exonération de cotisations :

> Je ne vois, en principe, aucune objection à ce que les employeurs s'accordent des périodes d'exonération de cotisations lorsque le régime de retraite les autorise à le faire. Lorsque le régime ne donne pas expressément cette autorisation, celle-ci peut être déduite du texte de l'obligation de l'employeur de cotiser. Toute disposition qui confie à un actuaire la tâche de calculer le montant requis pour financer les prestations promises devrait être considérée comme incorporant la pratique actuarielle reconnue quant à la façon d'effectuer le calcul. Cette pratique comprend actuellement l'utilisation des sommes excédentaires calculées pour déterminer le coût global des services courants. [p. 653]

Le juge Cory a ensuite précisé ce point :

> Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations doit également être déterminé en fonction de chaque cas. Ce droit peut être exclu explicitement ou implicitement dans les cas où le régime prescrit une formule de calcul des cotisations de l'employeur qui retire toute discrétion à l'actuaire. Les périodes d'exonération de cotisations peuvent également être autorisées par les modalités du régime. Lorsque le régime est silencieux sur la question, le droit de s'accorder une période d'exonération de cotisations ne peut être contesté dans la mesure où les actuaires continuent d'accepter comme pratique normale l'affectation d'un surplus existant aux coûts des services courants. [. . .] Aucune somme n'étant retirée de la caisse par l'employeur, la période d'exonération de cotisations ne constitue pas un empiétement sur la fiducie ni une réduction des prestations acquises. [Je souligne; p. 656-657.]

[69] Lorsque les documents relatifs au régime prévoient que la pratique actuarielle détermine les besoins de financement, l'employeur peut suspendre ses cotisations à moins que le régime ou la législation ne l'interdisent.

[70] Le Tribunal a conclu que les modifications apportées au régime en 1965 autorisent la suspension des cotisations PD. L'alinéa 14b) du texte a été modifié :

The Company shall contribute from time to time but not less frequently than annually such amounts as are not less than those certified by the Actuary as necessary to provide the retirement income accruing to Members during the current year pursuant to the Plan and to make provision for the proper amortization of any initial unfunded liability or experience deficiency with respect to benefits previously accrued as required by the Pension Benefits Act, after taking into account the assets of the Trust Fund, the contributions of Members during the year and such other factors as may be deemed relevant. [Emphasis added.]

Contribution holidays are permitted under this clause, because the Company's contributions are determined by actuarial calculations. Nothing in the clause prevents the Company from taking a contribution holiday where the actuary certifies that no contributions are necessary to provide the required retirement income to members.

[71] However, the Committee argues that the original 1954 Plan text prohibits contribution holidays and that subsequent amendments — including the 1965 amendments cited above — are invalid. The Tribunal disagreed. It noted that s. 22 of the 1954 Plan text granted the Company a broad power of amendment of the Plan, subject to the limitation that amendments to the Plan could not affect accrued rights of Plan members. Contribution holidays did not affect the benefits of Plan members under the Plan at the time of the 1965 amendment. As Cory J. wrote in *Schmidt*, at p. 654:

The entitlement of the trust beneficiaries is not affected by a contribution holiday. That entitlement is to receive the defined benefits provided in the pension plan from the trust and, depending upon the terms of the trust to receive a share of any surplus remaining upon termination of the plan.

The Tribunal held that the 1965 amendment was valid. Since the Company did not begin taking contribution holidays until 1985, the Tribunal held that it therefore did not need to examine whether contribution holidays were permitted in the 1954 Plan text.

[72] Gillese J.A. did examine the 1954 Plan text provisions and concluded that they also allowed contribution holidays. I agree.

[TRADUCTION] La société cotise à l'occasion, au moins une fois par année, une somme non moindre que celle que l'actuaire, après avoir tenu compte de l'actif de la caisse de retraite, des cotisations des participants pendant l'année et de tout autre facteur pertinent, certifie comme étant nécessaire pour verser les prestations de retraite qui, aux termes du régime, sont dues aux participants au cours de l'année en cours et pour pourvoir à l'amortissement suffisant de tout passif initial non capitalisé ou au déficit actuariel à l'égard des prestations antérieurement acquises conformément aux exigences de la Loi sur les régimes de retraite. [Je souligne.]

Cette disposition autorise les suspensions de cotisations parce que les cotisations de la société sont établies au moyen de calculs actuariels. Elle n'empêche pas la société de suspendre ses cotisations si l'actuaire certifie qu'aucune cotisation n'est nécessaire pour verser aux participants les prestations de retraite qui leurs sont dues.

[71] Toutefois, le comité soutient que le texte original de 1954 interdit les suspensions de cotisations et que les modifications subséquentes — y compris celles de 1965 susmentionnées — sont invalides. Le Tribunal n'était pas de cet avis. Il a fait remarquer que l'art. 22 du texte de 1954 conférait à la société le pouvoir général de modifier le régime, pourvu que les modifications apportées ne restreignent pas les droits acquis des participants au régime. La suspension des cotisations n'avait aucune incidence sur les prestations des participants prévues au régime au moment de la modification de 1965. Comme l'a écrit le juge Cory dans *Schmidt* :

Le droit des bénéficiaires de la fiducie n'est pas touché par une période d'exonération de cotisations. Ils ont droit au paiement sur la fiducie des prestations déterminées que prévoit le régime de retraite et, selon les modalités de la fiducie, à une part de tout surplus accumulé à la cessation du régime. [p. 654]

Le Tribunal a conclu que la modification de 1965 était valide. Comme la société n'a commencé à suspendre ses cotisations qu'en 1985, le Tribunal a conclu qu'il n'avait pas à examiner si le texte de 1954 autorisait la suspension des cotisations.

[72] La juge Gillese a examiné les dispositions prévues dans le texte de 1954 et a conclu qu'elles autorisaient également la suspension des cotisations. Je suis d'accord.

[73] The text of the 1954 Plan addresses employer contributions at s. 14(b):

(b) Contributions by the Company

In addition to contributing the full cost of providing the Past Service retirement incomes referred to in Section 13 (a) of this Plan, the Company shall also contribute, in respect of Future Service benefits, such amounts as will provide, when added to the Member's own required contributions, the Future Service retirement incomes referred to in Section 13 (b) of the Plan.

[74] In its factum, the Committee stressed the fact that s. 14(b) did not refer to an actuary (para. 92), though at the hearing the Committee's counsel conceded that the legitimacy of contribution holidays under the Plan did not turn on the use of the word "actuary". The Committee argues that s. 14(b) is analogous to clauses in previous cases which required specific annual contributions: *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 v. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620 (C.A.); *Trent University Faculty Assn. v. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375 (C.A.); *Hockin*; and *Châteauneuf v. TSCO of Canada Ltd.* (1995), 124 D.L.R. (4th) 308 (Que. C.A.). In those cases, they argue, requirements for annual contributions prevented the employer from taking contribution holidays.

[75] However, nothing in s. 14(b) provides a formula that would eliminate actuarial discretion. The clause requires the Company to contribute "such amounts as will provide" for the employees' retirement incomes. Actuarial discretion is clearly called for, as the clause does not specify how these amounts will be determined — nor does it preclude the amounts from being zero.

[76] As noted by Gillese J.A., the cases cited by the Committee concerned clauses that provided for contributions that would cover the difference between employee contributions and the benefits accrued or paid out in a given year (para. 122). This can be calculated without the exercise of an

[73] Le texte de 1954 traite des cotisations de l'employeur à l'al. 14b) :

[TRADUCTION]

b) Cotisations de la société

En plus d'assumer la totalité des coûts des prestations de revenu de retraite pour services passés dont il est question à l'al. 13a) du présent régime, la société doit également cotiser, à l'égard des prestations pour services courants, les sommes qui garantiront, une fois ajoutées aux cotisations du participant, le revenu de retraite pour services courants dont il est question à l'al. 13b) du régime.

[74] Dans son mémoire, le comité a insisté sur le fait qu'il n'est pas question d'un actuaire à l'al. 14b) (par. 92), même si, à l'audience, l'avocat du comité a reconnu que la légitimité des suspensions de cotisations selon le régime ne reposait pas sur l'utilisation du mot « actuaire ». Le comité soutient que l'al. 14b) est analogue aux dispositions citées dans des décisions antérieures, lesquelles prévoyaient des cotisations annuelles précises : *C.U.P.E.-C.L.C., Local 1000 c. Ontario Hydro* (1989), 68 O.R. (2d) 620 (C.A.); *Trent University Faculty Assn. c. Trent University* (1997), 35 O.R. (3d) 375 (C.A.); *Hockin*; et *TSCO of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.). Selon le comité, dans ces décisions, les exigences liées aux cotisations annuelles empêchaient l'employeur de suspendre ses cotisations.

[75] Cependant, l'al. 14b) n'établit aucune formule pouvant retirer toute discrétion à l'actuaire. Cette disposition oblige la société à cotiser [TRADUCTION] « les sommes qui garantiront » le revenu de retraite des employés. L'intervention discrétionnaire de l'actuaire est clairement requise puisque la disposition ne précise pas la façon dont ces sommes seront établies — et n'empêche pas que ces sommes soient nulles.

[76] Comme l'a souligné la juge Gillese, les décisions citées par le comité portaient sur des dispositions prévoyant des cotisations qui compenseraient la différence entre les cotisations des employés et les prestations dues ou versées au cours d'une année donnée (par. 122). Il est possible de faire ce

actuary's discretion. Section 14(b) provides for contributions that will cover the members' future retirement benefits. It requires the exercise of actuarial discretion, as it does not fix annual contributions and therefore does not preclude contribution holidays.

[77] Again, I would find that the Tribunal's decision was reasonable.

VIII. Issue 3 — DC Contribution Holidays

A) *Background*

[78] In 2000, the Company amended the Plan text in order to introduce a DC component. The amendment closed the DB component to new employees; new employees would thereafter become DC members on being hired. Existing employees who were DB members had the option of converting to the DC component. As a result of these amendments, employees were divided into Part 1 Members, who are governed by the Plan's DB provisions and Part 2 Members who, after January 1, 2000, are governed by the DC part of the Plan. The Plan was constituted in two separate funding vehicles with two separate custodians — by January 2000, CIBC Mellon Trust Company held the original DB Fund; Standard Life Assurance Company held the DC funds. However, both parts of the Plan would be registered as a single plan (the Company's counsel acknowledged at the hearing that the Plan had yet to be registered).

[79] The Company expressed its intention to take contribution holidays from its obligations to DC members, by using the surplus from the original DB component to satisfy the premiums owing to the DC component.

[80] The Tribunal ruled that the 2000 amendments which purported to allow DC contribution holidays were contrary to s. 1 of the 1954 Trust Agreement, which provides:

calcul sans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire. L'alinéa 14b) prévoit des cotisations qui couvriront les futures prestations de retraite des participants. Il nécessite l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire puisqu'il n'établit pas les cotisations annuelles et, par conséquent, n'interdit pas les suspensions de cotisations.

[77] Là encore, j'estime que la décision du Tribunal était raisonnable.

VIII. Question 3 — Les suspensions de cotisations dans le cadre de l'arrangement CD

A) *Contexte*

[78] En 2000, la société a modifié le texte du régime en vue de créer un volet CD. La modification a fermé l'accès au volet PD aux nouveaux employés; ces derniers participent donc au volet CD dès leur embauche. Les participants PD ont eu le choix d'opter pour la conversion au volet CD. À la suite de ces modifications, les employés ont été divisés en « participants de la partie 1 », auxquels s'appliquent les dispositions PD du régime, et en « participants de la partie 2 », auxquels s'appliquent, depuis le 1er janvier 2000, les dispositions de la partie CD du régime. Le régime a été constitué de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — en janvier 2000, la Société de fiducie CIBC Mellon détenait la caisse initiale du régime PD et la Compagnie d'assurance Standard Life détenait les fonds du volet CD. Toutefois, les deux volets du régime devaient être enregistrés comme un régime unique (l'avocat de la société a reconnu à l'audience que le régime n'avait pas encore été enregistré).

[79] La société a fait part de son intention de suspendre ses cotisations à l'égard des participants CD en employant l'excédent du volet initial PD pour acquitter ses cotisations au volet CD.

[80] Le Tribunal a conclu que les modifications apportées en 2000 visant à autoriser la suspension des cotisations au volet CD étaient contraires à l'art. 1 de la convention de fiducie de 1954, lequel prévoit :

No part of the corpus or income of the Fund shall ever revert to the Company or be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided.

The Tribunal reasoned:

Any holiday taken by the Company in respect of Part 2 contributions in this fashion can only be realized by actually moving money out of the Fund and transferring it to the insurer that is the funding agency for Part 2, for credit to the individual accounts of the Part 2 members. This action is inconsistent with section 1 of the 1954 Trust Agreement, recited above under the heading "FACTS" (section 1 of the 1958 Trust Agreement is in similar terms).

There are two ways in which this inconsistency could be resolved. The 2000 Plan could be amended to eliminate the authority of the Company to apply the surplus in the Fund to satisfy its contribution obligation in respect of Part 2 members or the Part 2 members could be made beneficiaries of the trust in respect of the Fund (in which case it would seem to follow that the insurance policy that is the funding vehicle for Part 2 should be held by the trustee).

([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL), at paras. 32-33)

[81] The Committee contests the permissibility of the retroactive amendment envisaged by the Tribunal. They question whether the Company could, as the Tribunal concluded, introduce a new DC pension component that was part of the same pension plan as the existing DB component and whose members were also beneficiaries of the same Trust Fund as the DB members.

[82] It is on this point that LeBel J. and I join issue. While he acknowledges that s. 13(2) of the *PBA* permits retroactive amendments, he finds that the DB and DC arrangements constitute distinct plans and that the DB and DC members cannot be beneficiaries of the same trust.

[83] LeBel J. says that the contribution holidays for DC members violate the exclusive benefit provisions of the Trust. He also says that the contribution

[TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisée ou détournée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes.

Le Tribunal est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l'argent de la caisse pour le transférer à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu'il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954, citée plus haut sous la rubrique « FAITS » (le libellé de l'article 1 de la convention de fiducie de 1958 est semblable).

Il y a deux manières de résoudre cette contradiction. On pourrait modifier le régime de 2000 afin d'éliminer le pouvoir de la société d'utiliser l'excédent de la caisse pour payer ses cotisations obligatoires à l'égard des participants de la partie 2 ou on pourrait désigner les participants de la partie 2 comme bénéficiaires de la fiducie établie à l'égard de la caisse (dans ce cas, il devrait s'ensuivre que la police d'assurance qui est l'instrument de financement pour la partie 2 devrait être détenue par le fiduciaire).

([2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL), par. 32-33)

[81] Le comité conteste que la modification rétroactive envisagée par le Tribunal soit permise. Il remet en cause la possibilité pour la société, acceptée par le Tribunal, de créer un nouveau volet CD au sein du régime PD existant et de désigner les participants comme bénéficiaires de la même caisse que celle des participants PD.

[82] C'est sur ce point que le juge LeBel et moi ne sommes pas d'accord. Il reconnaît que le par. 13(2) de la *LRR* autorise les modifications rétroactives, mais il estime que les arrangements PD et CD constituent des régimes distincts et que les participants PD et CD ne peuvent bénéficier de la même fiducie.

[83] Le juge LeBel affirme que la suspension des cotisations à l'égard des participants CD contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif de la

holidays constitute a partial revocation of the Trust. His position is premised on there being two separate trusts and two separate plans, one for the DB members and one for the DC members.

[84] However, with one trust in which all DB and DC members are beneficiaries, the use of trust funds for either the DB or DC members would not infringe the exclusive benefit provision. Surplus funds applied to DC accounts would simply move funds within the Trust. And if there is one trust, there is no partial revocation when the actuarial surplus is used for contribution holidays with respect to the DC part of the Plan. In my view, having regard to the Plan documentation, it was reasonable for the Tribunal to find that there was one plan and that, with a retroactive amendment, there could be one trust and that contribution holidays with respect to either or both of the DB and DC components of the Plan did not violate the exclusive benefit provision or constitute a partial revocation of the Trust.

[85] LeBel J. says that it is wrong to presume "a single plan with two (or more) components, simply to be displaced by prohibitive language in the documentation or the legislation" (para. 162). However, pension plans are private arrangements subject to government regulation. Absent regulation prohibiting the combining of DB and DC components in a single plan or prohibiting the taking of contribution holidays in respect of either component of the plan, whether such actions are permitted will be determined with reference to the plan documentation and contract and trust law. In this case, there is no government regulation that prevents the retroactive amendment, a single plan and trust and the DC contribution holidays.

[86] LeBel J. expresses concern that the use of a DB surplus for DC purposes disrupts the careful balance between providing incentives for

fiducie et constitue une révocation partielle de la fiducie. Sa position repose sur l'existence de deux fiducies distinctes et de deux régimes distincts, l'un pour les participants PD et l'autre pour les participants CD.

[84] Or, si les participants PD et CD bénéficiaient tous de la même fiducie, l'utilisation des fonds en fiducie, que ce soit au profit des participants PD ou des participants CD, n'irait pas à l'encontre de la disposition relative au bénéfice exclusif. Les fonds excédentaires affectés aux comptes CD seraient simplement déplacés au sein de la fiducie. De plus, s'il y a une seule fiducie, l'utilisation de l'excédent actuariel pour suspendre les cotisations à la partie CD du régime n'entraînerait pas la révocation partielle de la fiducie. À mon avis, compte tenu des documents relatifs au régime, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure qu'il y avait un régime unique et qu'à la suite de la modification rétroactive il pouvait y avoir une fiducie unique et que la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets PD et CD du régime, ou aux deux, ne violait pas la disposition relative au bénéfice exclusif ni ne constituait une révocation partielle de la fiducie.

[85] Le juge LeBel affirme qu'il est faux de présumer qu'« existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans les documents du régime ou la loi » (par. 162). Toutefois, les régimes de retraite sont des arrangements privés assujettis à la réglementation gouvernementale. En l'absence d'un règlement interdisant la combinaison des volets DP et CD en un régime unique ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, il faut s'en remettre aux documents relatifs au régime ainsi qu'au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si ces pratiques sont permises. En l'espèce, aucun règlement n'interdit la modification rétroactive, l'existence d'un régime unique et d'une fiducie unique, et la suspension des cotisations au volet CD.

[86] Le juge LeBel dit craindre que l'utilisation de l'excédent du volet PD pour suspendre les cotisations au volet CD ne rompe le juste équilibre entre le fait

employers to provide pension schemes and the need to protect pensioners' rights (para. 149). In my respectful view, it is not the role of the courts to find the appropriate balance between the interests of employers and employees. That is a task for the legislature. Indeed, as Deschamps J. noted, at para. 14 of *Monsanto*: "[P]ension standards legislation is a complex administrative scheme, which seeks to strike a delicate balance between the interests of employers and employees, while advancing the public interest in a thriving private pension system." The role of the courts is to ascertain and uphold the rights of the parties in accordance with the applicable statutory and common law and the terms of the relevant documentation. In my view, the applicable law and Plan documentation do permit and provide for DC contribution holidays.

B) *Can the DC and DB Arrangements Be Included in a Single Plan and Single Trust?*

[87] The Committee relies on the Divisional Court's finding that the creation of a DC arrangement alongside the existing DB arrangement created "in law, two (2) pension plans, two (2) pension funds and two (2) classes of members" (para. 72). Generally, it does not necessarily follow that the creation of two differently funded pension arrangements results in two distinct pension plans and two distinct trusts. In this case, I do not think it was unreasonable for the Tribunal to conclude that the DB and DC arrangements could be components of a single Plan and that the 2000 Plan could be retroactively amended to create a single trust.

[88] The 2000 amendments to the Plan text can reasonably be interpreted as intending a single plan. Section 1.07 of the foreword says:

The Plan is hereby amended and restated . . . to:

. . .

d'inciter les employeurs à instaurer des régimes de retraite et la nécessité de protéger les droits des retraités (par. 149). Ce n'est pas, si je peux me permettre, aux tribunaux de trouver le juste équilibre entre les intérêts des employeurs et ceux des employés. Cette tâche revient au législateur. En effet, comme l'a fait remarquer la juge Deschamps dans *Monsanto*, par. 14 : « [L]a législation sur les normes des régimes de retraite crée un régime administratif complexe qui vise à établir un équilibre délicat entre les intérêts des employeurs et ceux des employés, tout en servant l'intérêt du public dans l'existence d'un système de régimes de retraite complémentaires vigoureux. » Le rôle des tribunaux consiste à déterminer et à faire respecter les droits des parties conformément à la loi applicable, à la common law et aux documents pertinents. Selon moi, la loi applicable et les documents relatifs au régime autorisent et prévoient la suspension des cotisations au volet CD.

B) *Les arrangements CD et PD peuvent-ils être inclus dans un régime unique et une fiducie unique?*

[87] Le comité se fonde sur la conclusion de la Cour divisionnaire selon laquelle l'instauration d'un arrangement CD parallèlement à l'arrangement PD en vigueur a entraîné [TRADUCTION] « légalement deux (2) régimes de retraite, deux (2) fonds de retraite et deux (2) catégories de participants » (par. 72). En général, la création de deux arrangements d'un régime de retraite financés différemment ne donne pas nécessairement lieu à deux régimes de retraite distincts et à deux fiducies distinctes. En l'espèce, il n'était pas déraisonnable, à mon avis, pour le Tribunal de conclure que les arrangements PD et CD pouvaient être inclus dans un régime unique et que le régime de 2000 pouvait être modifié rétroactivement de manière à créer une fiducie unique.

[88] Il est raisonnable d'interpréter les modifications apportées au texte en 2000 comme si elles prévoyaient un régime unique. Voici le texte de l'art. 1.07 de l'avant-propos :

[TRADUCTION] Par les présentes, le régime est modifié et reformulé comme suit :

. . .

(c) change the Plan from one having defined benefit provisions only to a pension plan with a defined benefit component and a defined contribution component, effective January 1, 2000.

Section II defines "Plan" as "the Pension Plan for Employees of Kerry (Canada) Inc., as Revised and Restated at January 1, 2000, the terms of which are as set forth in this document, and as it may be amended from time to time". Members of the Plan are defined as employees who meet the applicable eligibility requirements and continue to be entitled to benefits under either section of the Plan. Section 18.08 specifically provides that actuarial surplus can be used for "either Part 1 or Part 2 [members]". These provisions demonstrate that the 2000 amendments to the Plan text evince the intention that there be a single plan.

[89] The support for a single plan found in the Plan text distinguishes this case from *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.). In *Kemble*, the plan sponsor ran a DB plan and decided to create a new DC arrangement by a temporary deed (plan text) that it intended to incorporate into the main plan deed. However, it never did amend the main deed governing the original plan to reflect the new DC arrangement. The two pension arrangements existed under separate deeds and the one governing the DB plan made no mention of incorporating the one governing the DC arrangement.

[90] Here there is an amendment to the overall plan indicating that the intention is to create a single plan and expressly allowing for contribution holidays in respect of each component of the Plan. Nothing in the relevant statutory or common law prohibits the creation of combined DB and DC plans. Therefore it was not unreasonable for the Tribunal to conclude that this would be a single plan.

c) le régime, qui prévoyait à l'origine des dispositions à prestations déterminées, sera maintenant constitué d'un volet à prestations déterminées et d'un volet à cotisation déterminée, en vigueur à partir du 1er janvier 2000.

Selon la section II, « régime » s'entend du [TRADUCTION] « régime de retraite des employés de Kerry (Canada) Inc., dans sa version révisée et redéfinie au 1er janvier 2000, dont les modalités sont prévues dans le présent document et qui peut être modifié au besoin ». Les participants au régime sont définis comme des employés qui répondent aux exigences d'admissibilité applicables et qui continuent d'avoir droit aux prestations en vertu de l'une ou l'autre des parties du régime. L'article 18.08 prévoit expressément que les excédents actuariels peuvent être utilisés à l'égard des [TRADUCTION] « participants de la partie 1 ou des participants de la partie 2 ». Ces dispositions démontrent que les modifications apportées au texte en 2000 prévoyaient un régime unique.

[89] Les dispositions du texte qui appuient la conclusion qu'il existe un régime unique permettent d'établir une distinction entre l'espèce et l'affaire *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.). Dans *Kemble*, le promoteur du régime avait instauré un régime PD et décidé de créer un nouvel arrangement CD par acte temporaire (le texte du régime) qu'il projetait d'ajouter au texte principal du régime. Toutefois, il n'a jamais modifié le texte principal qui régissait le régime initial pour refléter le nouvel arrangement CD. Les deux arrangements de retraite existaient en application de deux textes distincts et le texte régissant le régime PD ne mentionnait aucunement l'incorporation de celui qui régissait l'arrangement CD.

[90] En l'espèce, l'ensemble du régime a fait l'objet d'une modification, dont le but est de créer un régime unique et d'autoriser expressément la suspension des cotisations à chacun des volets du régime. Rien dans la loi applicable ou la common law n'interdit la création de régimes PD et CD combinés. Par conséquent, il n'était pas déraisonnable que le Tribunal conclue à l'existence d'un régime unique.

[91] Similarly, it was not unreasonable that DC members could be designated beneficiaries of the Trust. Trusts may have different classes of beneficiaries or numerous accounts; the fact that DB and DC funds will be held by different custodians does not prevent them from belonging to the same trust. Section 6(b) of the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, for instance, allows different trustees to be appointed over different parts of the trust property. Section 27(3) of the same Act allows trustees to invest in mutual funds, which will themselves often be administered by their own trustees. There is no reason why a single plan could not have DB and DC components whose members were beneficiaries of the same trust, provided the plan documents and legislation do not prohibit this.

[92] The Committee argues that *Schmidt* forecloses this possibility. They cite the statement of McLachlin J. (as she then was), dissenting in part on a different point, that "[a] defined contribution plan can never have a surplus" (p. 697). They also cite the following passage, at p. 653, of Cory J.'s majority judgment as supporting their position:

> An employer's right to take a contribution holiday can also be excluded by the terms of the pension plan or the trust created under it. An explicit prohibition against applying an existing fund surplus to the calculation of the current service cost, or other provisions which in effect convert the nature of the plan from a defined benefit to a defined contribution plan, will preclude the contribution holiday. For example, the presence of a specific formula for calculating the contribution obligation, such as those considered in the *Ontario Hydro* and *Trent University* cases, prevents employers from taking a contribution holiday. However, whenever the contribution requirement simply refers to actuarial calculations, the presumption will normally be that it also authorizes the use of standard actuarial practices. [Emphasis added.]

In this passage, Cory J. was concerned with explaining the criteria by which the previous case law determined a right to contribution holidays

[91] De même, il n'était pas déraisonnable que les participants CD puissent être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Les fiducies peuvent regrouper différentes catégories de bénéficiaires ou divers comptes; le fait que les fonds des volets PD et CD soient détenus par différents fiduciaires ne les empêche pas d'appartenir à la même fiducie. L'alinéa 6b) de la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, par exemple, permet à différents fiduciaires d'être nommés pour différentes parties des biens en fiducie. Le paragraphe 27(3) de la même loi permet aux fiduciaires de faire des placements dans des fonds mutuels, lesquels sont souvent administrés par leurs propres fiduciaires. Rien n'empêche un régime unique de comporter les volets PD et CD et de désigner les participants comme bénéficiaires de la même fiducie, dans la mesure où les documents relatifs aux régimes et la législation ne l'interdisent pas.

[92] Le comité soutient que *Schmidt* exclut cette possibilité. Il cite l'affirmation de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente en partie sur une autre question, selon laquelle « [d]ans un régime à cotisations déterminées, il ne peut jamais y avoir de surplus » (p. 697). Il cite également à l'appui de sa thèse l'extrait suivant tiré du jugement majoritaire rendu par le juge Cory :

> Le droit d'un employeur de s'accorder une période d'exonération de cotisations peut également être exclu par les modalités du régime de retraite ou de la fiducie créée en vertu de ce régime. Une interdiction expresse d'utiliser un surplus de caisse existant pour calculer le coût des services courants, ou d'autres dispositions qui ont pour effet de convertir le régime à prestations déterminées en un régime à cotisations déterminées, empêchent le recours à une période d'exonération de cotisations. Par exemple, l'existence d'une formule précise de calcul de l'obligation de cotiser, comme celles qui ont été examinées dans les affaires *Ontario Hydro* et *Trent University*, empêche les employeurs de s'accorder une période d'exonération de cotisations. Toutefois, lorsque l'exigence en matière de cotisation renvoi[e] simplement à des calculs actuariels, on présumera ordinairement qu'elle autorise également le recours aux pratiques actuarielles normales. [Je souligne; p. 653.]

Dans cet extrait, le juge Cory était soucieux d'expliquer les critères jurisprudentiels qui ont permis d'établir le droit de se prévaloir d'une suspension de

in existing plan provisions. Where the employer's existing contribution requirements are fixed by a specific formula, such that contributions are not determined by an exercise of actuarial discretion, there can be no contribution holidays. Speaking generally, a single stand-alone DC plan will not allow contribution holidays, because its contributions are fixed and not determined by actuarial discretion.

[93] However, the Plan at issue in this case is different. A new component is being added to the existing Plan. After the retroactive amendments, the Plan would consist of DB and DC components. So long as it is a single plan and all employees are beneficiaries of the same trust, the Plan will not have been converted to a stand-alone DC plan. The point made in *Schmidt* does not apply to this situation.

[94] The Committee points to the fact that *Schmidt* concerned the amalgamation of two plans into a single plan. Despite the amalgamation, this Court considered the contribution holidays issue separately for each of the formerly existing plans. The Ontario Court of Appeal's decision in *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, similarly concerned the merger of pension plans, in which each merging plan's surplus was considered separately. The Committee says that, "except where the trust permits the activity, an employer may not amend the trust to 'co-mingle' or 'cross-subsidize' its obligations to employees in one part of a pension plan by using assets of the fund held exclusively for members in the other part of the same plan" (A.F., at para. 103).

[95] However, both *Schmidt* and *Aegon* involved mergers of pre-existing plans. The plans and trusts had different beneficiaries to which different employers had undertaken different obligations. In this case, the obligations have always been to the same set of employees — the Company's employees — and, after the retroactive amendment, always from the same trust. Neither *Schmidt* nor *Aegon* blocks the retroactive amendment at issue here.

cotisations dans les dispositions d'un régime existant. Si les obligations de l'employeur en matière de cotisation sont fixées au moyen d'une formule précise, de sorte que les cotisations ne relèvent pas de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un actuaire, il ne peut y avoir de suspension de cotisations. En général, un régime CD indépendant ne permettra pas la suspension des cotisations parce que ses cotisations sont fixes et ne sont pas établies à la discrétion d'un actuaire.

[93] Toutefois, le régime visé en l'espèce est différent. Un nouveau volet est ajouté au régime existant. Après l'adoption des modifications rétroactives, le régime serait constitué des volets PD et CD. Dans la mesure où il y a un régime unique et que les employés bénéficient tous de la même fiducie, le régime n'aura pas été converti en un régime CD indépendant. Le principe exposé dans *Schmidt* ne s'applique pas à la présente situation.

[94] Le comité souligne le fait que *Schmidt* portait sur la fusion de deux régimes dans le but de n'en former qu'un seul. Malgré cette fusion, la Cour a examiné séparément la question des suspensions de cotisations pour chacun des anciens régimes. La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196, portait aussi sur la fusion de régimes de retraite, où l'excédent de chacun des régimes fusionnants était examiné séparément. Selon le comité, [TRADUCTION] « sauf si la fiducie le permet, un employeur ne peut modifier la fiducie de façon à "confondre" ou "interfinancer" ses obligations envers les employés visés par une partie d'un régime de retraite en employant les actifs de la caisse détenus exclusivement pour les participants à l'autre partie du même régime » (m.a., par. 103).

[95] Or, *Schmidt* et *Aegon* portaient sur des fusions de régimes préexistants. Les régimes et les fiducies avaient des bénéficiaires différents envers lesquels divers employeurs avaient des obligations différentes. En l'espèce, les obligations ont toujours bénéficié au même groupe d'employés — les employés de la société — et, après la modification rétroactive, les prestations provenaient toujours de la même fiducie. Ni *Schmidt* ni *Aegon* n'empêchent la modification rétroactive ici en cause.

[96] This is because there is nothing inherently wrong with a pension plan being structured in the way the Company proposes — provided the plan documents or legislation do not forbid it. This was Gillese J.A.'s conclusion (para. 111). Siegel J. came to this same conclusion in a decision released shortly after Gillese J.A.'s judgment (though he seemingly reached this conclusion independently — see para. 236): *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64 (Ont. S.C.J.). Siegel J. concluded, at para. 219, that

> (1) there is no support in the case law for the plaintiffs' proposition that the assets of an "exclusive benefit trust" may not be used for the benefit of members of a defined contribution section added to a pension plan previously structured solely as a defined benefit plan, and (2) more generally, there is judicial support for, and no legal principle prohibiting, amendments to a pension plan that establish a defined contribution section that exists together with a defined benefit section, with the same trust fund supporting the payment of benefits under each section of the plan.

[97] The case law supporting the permissibility of a single plan involving DC and DB components includes the English Chancery decision in *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339. In *Barclays*, Neuberger J. ruled that there is no reason in law that an employer could not set up a single plan under which some beneficiaries receive DB benefits and some receive DC benefits. At para. 54, he wrote the following, referring to amendments in a 41st deed which granted the employer the right to use a surplus in a DB component to take contribution holidays in respect of a DC component that was part of the same plan:

> There is no intrinsic reason, as a matter of general law, why an employer or any other person could not set up a Pension Scheme expressly on that basis, in the way that, for instance, the Bank has undoubtedly purported to do, in the present case, in the 41st Deed. Such a view is supported by consideration of the multifarious types of private trusts which are created from time to time, which often involve many differing classes of beneficiary but a single fund.

[96] Il en est ainsi parce qu'il n'y a rien de foncièrement répréhensible à ce qu'un régime de retraite soit structuré de la façon proposée par la société — dans la mesure où les documents relatifs au régime ou la législation ne l'interdisent pas. Telle était la conclusion de la juge Gillese (par. 111). Le juge Siegel est arrivé à la même conclusion dans une décision publiée peu après celle de la juge Gillese (sans l'avoir consultée, semble-t-il — voir par. 236) : *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64 (C.S.J. Ont.). Le juge Siegel a conclu :

> [TRADUCTION] (1) aucune décision n'étaye la proposition des demandeurs selon laquelle les actifs d'une « fiducie au bénéfice exclusif » ne peuvent être utilisés au bénéfice des participants à la partie à cotisations déterminées ajoutée à un régime de retraite déjà structuré en tant que régime à prestations déterminées, et (2) de façon plus générale, des précédents étayent les modifications, que n'interdit aucun principe de droit, apportées à un régime de retraite dans le but d'établir une partie à cotisations déterminées qui puisse coexister avec la partie à prestations déterminées, les prestations versées en vertu de chacun des articles du régime provenant de la même caisse en fiducie. [par. 219]

[97] La jurisprudence en faveur d'un régime unique comportant les volets CD et PD inclut la décision de la Chancellerie anglaise *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339. Dans *Barclays*, le juge Neuberger a déclaré qu'en droit, rien n'empêche un employeur de créer un régime unique en vertu duquel certains bénéficiaires recevraient des prestations d'un volet PD et d'autres, des prestations d'un volet CD. Se référant aux modifications apportées à l'acte 41 qui conféraient à l'employeur le droit d'utiliser l'excédent d'un volet PD d'un régime de retraite pour suspendre ses cotisations à un volet CD du même régime, il a écrit :

> [TRADUCTION] Il n'existe aucune raison intrinsèque, selon les règles générales du droit, pour laquelle un employeur ou toute autre personne ne pourrait concevoir une structure de régime de retraite expressément pour cette raison, de la façon que la banque, notamment, tente sans aucun doute de le faire en l'espèce dans l'acte 41. L'examen des différents types de fiducies privées, lesquelles comportent souvent plusieurs catégories de bénéficiaires, mais un seul fonds, appuie cette opinion. [par. 54]

It is true that in *Barclays*, the same trust Company controlled all accounts. However, as stated above, I do not think there is any difficulty with a single trust having numerous accounts at different institutions.

[98] *Barclays* is not, of course, determinative of this appeal. The legislative context and plan texts are different. However, it does support the proposition that there is nothing repugnant in principle to the existence of a single plan whose members receive different benefits, funded in different ways, depending on which of the various parts of the plan they participate in.

C) *Do the Plan Documents or Legislation Prohibit the Plan From Having DB and DC Components or Prohibit Contribution Holidays for Either of These Components?*

[99] Combining DB and DC components or contribution holidays for one or both components can be prohibited by the plan documents or by legislation. Therefore, for the Committee's argument to succeed, it must establish that there is a legislative or contractual impediment to the Company taking contribution holidays in the DC part of the Plan. It has not succeeded in this task.

[100] First, the legislation does not prevent the retroactive amendment making the DC members beneficiaries of the existing Trust and entitling the employer to apply the actuarial surplus to its DC contribution obligations. To the contrary, as noted by the Court of Appeal, at para. 103, s. 9 of the *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909 ("*Regulations*"), provides that on conversion of a DB plan to a DC plan, a surplus can be used to offset contributions to the DC plan. While this case is not a conversion and s. 9 does not apply, it does suggest that a surplus accumulated under a DB component of a plan can be applied to a DC component of a plan.

[101] Section 7(3) of the *Regulations* allows the following:

Il est vrai que dans *Barclays*, la même société de fiducie contrôlait tous les comptes. Toutefois, comme je l'ai déjà dit, je ne crois pas que le fait qu'une même fiducie comporte divers comptes dans plusieurs institutions pose un problème.

[98] L'affaire *Barclays* n'est évidemment pas déterminante en l'espèce. Le contexte législatif et les textes des régimes sont différents. Toutefois, cette décision étaye la proposition selon laquelle rien, en principe, n'empêche l'existence d'un régime unique dont les participants reçoivent des prestations différentes, financées différemment, selon qu'ils participent à l'une ou à l'autre partie du régime.

C) *Les documents relatifs au régime ou la législation interdisent-ils un régime comportant des volets PD et CD ou interdisent-ils la suspension des cotisations à l'un ou l'autre de ces volets?*

[99] Les documents relatifs au régime et la législation peuvent interdire la combinaison des volets PD et CD ou la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets, ou aux deux. Par conséquent, pour que son argument soit retenu, le comité doit établir qu'une loi ou un contrat empêche la société de suspendre ses cotisations au volet CD du régime. Il n'y est pas parvenu.

[100] Premièrement, la législation n'interdit pas la modification rétroactive qui permet de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie existante et qui autorise l'employeur à utiliser l'excédent actuariel pour s'acquitter de ses obligations relatives aux cotisations au volet CD. Au contraire, comme l'a souligné la Cour d'appel au par. 103, l'art. 9 du règlement pris en application de la *Loi sur les régimes de retraite*, R.R.O. 1990, Règl. 909 (« *Règlement* »), prévoit que lors de la conversion d'un régime PD en un régime CD, l'employeur peut compenser ses cotisations au régime CD au moyen de l'excédent. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'une conversion et que l'art. 9 ne s'applique pas, cela laisse entendre qu'un excédent accumulé dans un volet PD d'un régime peut être affecté au volet CD de ce régime.

[101] Voici ce qu'autorise le par. 7(3) du *Règlement* :

In any year for which no special payments are required to be made for a pension plan under section 5, an actuarial gain may be applied to reduce contributions for normal costs required to be made by the employer, by a person or entity required to make contributions on behalf of the employer, by the members of the pension plan or by any of them.

So long as the DC component is part of the same Plan as the DB component, s. 7(3) supports the principle that any surplus in the Plan can be applied to DC contribution obligations. The retroactive amendments aim to ensure that the DB and DC components are part of the same Plan.

[102] The Committee pointed to no parts of the legislation that would prevent making the two components parts of a single Plan.

[103] LeBel J. rightly points out that nothing in the legislation permits contribution holidays where a DC component is added to a DB plan. He highlights the difference between the full conversion from a DB to a DC plan contemplated by s. 9 of the *Regulations* and the situation in which a DC component is added to an existing DB plan. However, I do not think it follows from this difference that the legislation prohibits contribution holidays in the circumstances of this case. Here the legislation is silent on the specific point at issue. Absent legislative restriction, the permissibility of contribution holidays must be determined with reference to contractual and trust law. In my view, nothing in the Plan documents prevents combining the two components in one plan or prohibits contribution holidays in respect of either component.

[104] The Committee argues that retroactively permitting the funding of the DC component from the DB surplus is not for the exclusive benefit of any of the members. The Committee analogizes the situation in this case to the one this Court dealt with in *Buschau*. In *Buschau*, an ongoing plan with a substantial surplus was closed to new members. The employer had previously withdrawn surplus funds in breach of the trust. It subsequently acknowledged that it had no right to recover the surplus funds and repaid them, but still sought to benefit from the

Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

Dès lors que le volet CD fait partie du même régime que le volet PD, le par. 7(3) appuie le principe selon lequel tout excédent du régime peut être utilisé pour financer les cotisations au régime CD. Les modifications rétroactives visent à faire en sorte que les volets PD et CD fassent partie du même régime.

[102] Le comité n'a invoqué aucune disposition législative qui empêcherait que les deux volets fassent partie du même régime.

[103] Le juge LeBel souligne à juste titre que la législation n'autorise pas la suspension des cotisations lorsqu'un volet CD est ajouté à un régime PD. Il fait ressortir la différence entre la conversion totale d'un régime PD en un régime CD prévue à l'art. 9 du *Règlement* et l'ajout d'un volet CD à un régime PD existant. Toutefois, je ne crois pas qu'il s'ensuive de cette différence que la législation interdit la suspension des cotisations dans les circonstances de l'affaire. En l'espèce, la législation est muette sur le point précis en litige. En l'absence de restrictions législatives, il faut se référer au droit des contrats et au droit des fiducies pour déterminer si la suspension des cotisations est autorisée. À mon avis, les documents relatifs au régime n'empêchent pas de combiner les deux volets dans un régime unique et n'interdisent pas la suspension des cotisations à l'un ou l'autre des volets.

[104] Le comité soutient que le fait de permettre rétroactivement le financement du volet CD au moyen de l'excédent du volet PD ne bénéficie pas exclusivement aux participants. Le comité établit une analogie entre la situation en l'espèce et celle dont la Cour était saisie dans *Buschau*. Dans l'affaire *Buschau*, l'accès à un régime en vigueur largement excédentaire a été fermé aux nouveaux participants. L'employeur avait préalablement retiré les sommes excédentaires en violation des conditions de la fiducie. Il a ensuite reconnu qu'il n'avait aucun

surplus by other means. It attempted to re-open the membership of the closed plan to access its surplus by taking contribution holidays in respect of its obligations to the new plan members. The Committee seeks to rely on Deschamps J.'s statement at para. 41 of *Buschau* that re-opening the plan in that case would be problematic.

[105] I do not find the Committee's use of *Buschau* convincing, because the circumstances here are quite different. *Buschau* involved a DB plan in surplus that had been closed for a number of years and was still paying benefits to its existing members. The employer attempted to re-open the plan to new members in order to gain access to its surplus by way of contribution holidays to these new members — thereby using the surplus in the plan to cover its contribution obligations to the new members. The employer had previously attempted to use the surplus to cover its contribution obligations by merging the closed plan with other plans in order to use the closed plan's surplus to take contribution holidays with respect to the other plans. A previous judgment prevented a merger from achieving such a result — despite the merger, the fund remained separate. The Court of Appeal in *Buschau* had stated that by re-opening the plan the employer would rightly be viewed as trying to do what it could not do by merger, i.e. benefit from the surplus by taking contribution holidays. The Court of Appeal stated that, as with the merger, because of the employer's previous breach of trust, an attempt to re-open the plan would result in the employer being forced to account for its trust obligations to the original plan members as if the plan had not been re-opened. Deschamps J.'s remark about re-opening the plan being problematic was made in this context.

[106] What the Tribunal contemplated here was a retroactive amendment expressly permitted by the *PBA*. The legal effect of the retroactive amendment

droit de récupérer les sommes excédentaires et les a remboursées, mais il a tout de même cherché à bénéficier de l'excédent par d'autres moyens. Il a essayé de rouvrir le régime à de nouveaux participants de manière à avoir accès à l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations à l'égard des nouveaux participants. Le comité cherche à s'appuyer sur les propos de la juge Deschamps, au par. 41 de *Buschau*, selon laquelle la réouverture du régime dans ce cas poserait un problème.

[105] J'estime que le recours du comité à *Buschau* n'est pas convaincant parce que les circonstances en l'espèce sont bien différentes. Dans l'affaire *Buschau*, un régime PD excédentaire fermé depuis un certain nombre d'années versait toujours des prestations aux participants existants. L'employeur a tenté de rouvrir le régime à de nouveaux participants afin d'avoir accès à l'excédent en recourant à une suspension de cotisations à leur égard — utilisant ainsi l'excédent du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations pour les nouveaux participants. L'employeur avait auparavant essayé de recourir à l'excédent pour payer ses cotisations obligatoires en fusionnant le régime fermé et d'autres régimes afin d'utiliser l'excédent du régime fermé pour suspendre ses cotisations aux autres régimes. Un jugement antérieur empêchait que la fusion n'atteigne un tel résultat — malgré la fusion, la fiducie est demeurée distincte. La Cour d'appel avait déclaré dans *Buschau* qu'en rouvrant le régime, on considérerait à juste titre que l'employeur tente d'accomplir ce qu'il ne pouvait pas faire par la fusion, soit bénéficier de l'excédent en se prévalant d'une suspension de cotisations. Comme elle l'avait fait à l'égard de la fusion, la Cour d'appel a affirmé que, l'employeur ayant déjà manqué à son obligation de fiduciaire, une tentative de sa part de rouvrir le régime aurait pour effet de l'obliger à rendre compte de ses obligations fiduciaires envers les participants initiaux comme si le régime n'avait jamais été fermé. C'est dans ce contexte que la juge Deschamps a tenu ces propos au sujet des problèmes soulevés par la réouverture du régime.

[106] En l'espèce, le Tribunal avait envisagé une modification rétroactive expressément autorisée par la *LRR*, laquelle n'aurait pas pour effet juridique de

would not amount to re-opening a closed plan, but to establishing that DC members were beneficiaries of the Trust from the moment the DC component was created and the DB component closed to new members. Because the amendment is retroactive, there would be no re-opening of a closed plan in law and no attempt to merge two independent trusts. This case is not analogous to *Buschau*; what was problematic in *Buschau* does not arise here.

[107] Another factor distinguishing this case from *Buschau* is the significant difference between a terminated plan and an ongoing plan. In *Schmidt*, Cory J. distinguished between an ongoing plan's *actuarial* surplus and a terminated plan's *actual* surplus. At pp. 654-55, he wrote:

> While a plan which takes the form of a trust is in operation, the surplus is an actuarial surplus. Neither the employer nor the employees have a specific interest in this amount, since it only exists on paper, although the employee beneficiaries have an equitable interest in the total assets of the fund while it is in existence. When the plan is terminated, the actuarial surplus becomes an actual surplus and vests in the employee beneficiaries. The distinction between actual and actuarial surplus means that there is no inconsistency between the entitlement of the employer to contribution holidays and the disentitlement of the employer to recovery of the surplus on termination. The former relies on actuarial surplus, the latter on actual surplus.

In this case, as stated, the Plan and Trust have not been terminated. Only a part of the Plan has been closed to new employees. There is, therefore, no actual surplus that has vested with the employees. The DB surplus remains actuarial and the DB members retain their right to the defined benefits provided for under the Plan. Their interest in the surplus is only to the extent that it cannot be withdrawn or misused. Retroactively amending the Plan takes no vested property right away from the DB members.

[108] Moreover, Deschamps J. wrote at para. 34 of *Buschau*:

> A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation

rouvrir un régime fermé, mais plutôt d'établir que les participants CD bénéficiaient de la fiducie dès la création du volet CD et la fermeture du volet PD aux nouveaux participants. La modification étant rétroactive, il n'y aurait en droit aucune réouverture d'un régime fermé ni aucune tentative de fusionner deux fiducies indépendantes. La présente affaire n'est aucunement analogue à l'affaire *Buschau*; les problèmes qui se posaient dans *Buschau* ne se posent pas en l'espèce.

[107] Autre facteur qui distingue l'espèce de *Buschau* : la nette différence entre un régime fermé et un régime en vigueur. Dans *Schmidt*, le juge Cory a établi une distinction entre l'excédent *actuariel* d'un régime en vigueur et l'excédent *réel* d'un régime auquel on a mis fin :

> Pendant l'existence d'un régime sous forme de fiducie, le surplus est un surplus actuariel. Ni l'employeur ni les employés n'ont de droit précis sur cette somme puisqu'elle n'existe que théoriquement, même si les employés bénéficiaires ont, en *equity*, un droit sur tous les éléments d'actif de la caisse pendant qu'elle existe. À la cessation du régime, le surplus actuariel devient un surplus réel et est dévolu aux employés bénéficiaires. La distinction entre le surplus réel et le surplus actuariel signifie qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit de l'employeur à des périodes d'exonération de cotisations et le fait qu'il n'a pas le droit de récupérer le surplus accumulé à la cessation du régime. Le premier repose sur un surplus actuariel et le second, sur un surplus réel. [p. 654-655]

En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, on n'a mis fin ni au régime, ni à la fiducie. Seule une partie du régime est fermée aux nouveaux employés. Par conséquent, aucun excédent réel n'est dévolu aux employés. L'excédent du volet PD demeure actuariel et les participants à ce volet conservent leur droit aux prestations définies aux termes du régime. Ils ont un intérêt dans l'excédent seulement dans la mesure où il ne peut être retiré ou mal employé. La modification rétroactive du régime ne prive pas les participants PD de leur droit de propriété dévolu.

[108] De plus, la juge Deschamps a écrit dans *Buschau* :

> Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs,

of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. In an ongoing plan, a single group of employees should not be able to deprive future employees of the benefit of a pension plan.

Here, the Plan was intended to be ongoing and cover all employees of the Company. As Gillese J.A. noted, at para. 110, it was intended that all employees would be members of the Plan and the Trust.

[109] This intention is demonstrated in the Plan documents. Section 1 of the 1954 Trust Agreement provided that the Trust Fund would not be diverted or used for "purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided". The 1958 Trust Agreement, in force at the time of the 2000 amendments, similarly provided that beneficiaries would be "such persons as from time to time may be designated in the Plan" (s. 1). Section 22 of the Plan text designates existing and retired employees as the persons to benefit from the Plan. The Plan was always meant to apply to all employees. It continues to do so with this retroactive amendment. It is therefore not inconsistent with the Plan to designate the DC members as beneficiaries of the original Trust.

[110] After the retroactive amendments, members of both parts of the Plan will be beneficiaries of the Trust; use of funds in the Trust to benefit either part is allowed because the Trust explicitly provides that the funds can be used for the benefit of the beneficiaries.

[111] LeBel J. finds that the Trust only ever contemplated DB plan members being its beneficiaries. He notes that certain provisions in the 1954 Trust Agreement contemplate the possibility of the amount of the Fund either being inadequate to meet

la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. Dans un régime en vigueur, un seul groupe d'employés ne devrait pas pouvoir priver d'un régime de retraite les futurs employés. [par. 34]

En l'espèce, le régime devait demeurer en vigueur et couvrir tous les employés de la société. Comme l'a souligné la juge Gillese au par. 110, il était prévu que tous les employés participent au régime et à la fiducie.

[109] Cette intention est exprimée dans les documents relatifs au régime. Aux termes de l'art. 1 de la convention de fiducie de 1954, la caisse ne peut être utilisée ou détournée [TRADUCTION] « à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes ». La convention de fiducie de 1958, en vigueur au moment des modifications de 2000, prévoyait également que les bénéficiaires seraient des [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime » (art. 1). L'article 22 du texte du régime désigne les employés en poste et retraités comme étant les personnes qui bénéficient du régime. Le régime a toujours été censé s'appliquer à tous les employés. Avec cette modification rétroactive, il continue de s'appliquer à eux. Il n'est donc pas contraire au régime de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie initiale.

[110] Après les modifications rétroactives, les participants aux deux volets du régime bénéficieront de la fiducie. L'utilisation des fonds en fiducie au profit des participants de l'un ou l'autre des volets est autorisée puisque la fiducie prévoit explicitement que les fonds peuvent être utilisés au profit des bénéficiaires.

[111] Le juge LeBel estime que la fiducie a toujours prévu que seuls les participants PD étaient ses bénéficiaires. Il mentionne que certaines dispositions de la convention de fiducie de 1954 prévoient que l'actif de la caisse pourrait soit être insuffisant

its liabilities (ss. 2 and 6) or exceeding its liabilities (s. 11), scenarios that could not arise in a DC plan.

[112] In my opinion, the Trust contemplated a broader category of beneficiaries. As stated above, the language governing the designation of the beneficiaries of the Trust is general and it has always applied to the employees of the Company. I do not think it was unreasonable for the Tribunal to conclude that the Plan allowed for the designation of DC members, who are Company employees, as beneficiaries of the Trust.

[113] LeBel J. says that an amendment that purports to make DC employees beneficiaries of the same single trust as DB employees and to allow the employer to take contribution holidays in respect of the DC employees affects the benefits of the DB employees in the sense that assets in the pension fund are being reduced. DB members may well prefer higher actuarial surpluses in the pension fund. Indeed, the Committee argued against the use of the actuarial surplus for the payment of Plan expenses and the taking of DB contribution holidays, as well as for the taking of DC contribution holidays. However, absent legislation stating otherwise, DB members have no right to require surplus funding of the Plan in order to increase their security. In *National Grid Co. plc v. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417, Lord Hoffmann stated: "Caution is a matter for the actuary in certifying the surplus and certifying the arrangements as reasonable" (para. 17). It is the plan documents and trust law that govern. Nothing in the Plan documents or trust law gives the DB members a vested interest in the actuarial surplus of the Trust Fund or prevents the use of the actuarial surplus for Plan expenses or DB or DC contribution holidays.

[114] In my respectful opinion, the Tribunal's decision to allow contribution holidays in respect of the DC component of the pension Plan, once appropriate retroactive amendments are made, was not unreasonable.

pour permettre à l'employeur de s'acquitter de ses obligations (art. 2 et 6), soit dépasser le passif (art. 11), scénarios qui ne pourraient se produire dans un régime CD.

[112] À mon avis, la fiducie envisageait une catégorie de bénéficiaires plus générale. Comme je l'ai déjà mentionné, la disposition régissant la désignation des bénéficiaires de la fiducie est générale et s'est toujours appliquée aux employés de la société. Je ne crois pas qu'il était déraisonnable pour le Tribunal de conclure que le régime permettait de désigner les participants CD, des employés de la société, comme bénéficiaires de la fiducie.

[113] Le juge LeBel affirme que la modification visant à rendre les employés CD bénéficiaires de la même fiducie que les employés PD et à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations à l'égard des employés CD a une incidence sur les prestations des employés PD, en ce sens que l'actif de la caisse est réduit. Il se peut fort bien que les participants PD préfèrent voir des excédents actuariels plus élevés dans la caisse de retraite. D'ailleurs, le comité s'est opposé à l'utilisation de l'excédent actuariel pour le paiement des frais du régime et pour suspendre les cotisations aux volets PD et CD. Toutefois, sauf disposition contraire de la législation, les participants PD n'ont pas le droit d'exiger des excédents financiers en vue de renforcer leur sécurité. Dans *National Grid Co. plc c. Mayes*, [2001] UKHL 20, [2001] 2 All E.R. 417, lord Hoffmann a affirmé : [TRADUCTION] « C'est l'actuaire qui doit être prudent lorsqu'il atteste que l'excédent et les ententes sont raisonnables » (par. 17). Ce sont les documents relatifs au régime et le droit des fiducies qui prévalent. Ceux-ci ne confèrent pas aux participants PD un intérêt dévolu dans l'excédent actuariel de la caisse. Ils n'interdisent pas non plus l'utilisation de l'excédent actuariel pour payer les frais du régime ou pour suspendre les cotisations aux volets PD ou CD.

[114] À mon sens, la décision du Tribunal d'autoriser les suspensions de cotisations au volet CD du régime de retraite, une fois les modifications rétroactives apportées, n'était pas déraisonnable.

IX. Issue 4 — Costs

[115] There are two issues with respect to costs. First, did the Tribunal have the authority to order that costs be paid out of the Trust Fund? Second, the Court of Appeal reversed the decision of the Divisional Court and was therefore entitled to make its own costs ruling: 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625. It declined to award costs to the Committee from the Fund. The issue is whether this Court should interfere with that exercise of discretion by the Court of Appeal.

A) *Tribunal's Authority to Award Costs*

[116] On the first issue, s. 24 of the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997* provides: "The Tribunal may order that a party to a proceeding before it pay the costs of another party or the Tribunal's costs of the proceeding." The Tribunal held that since the Fund was not a party to the proceedings before it, it did not have the authority to order costs payable from the Fund.

[117] The language of s. 24 is unambiguous on this point. The Tribunal cannot order costs from the Trust Fund if the Fund is not a party. Here, the Fund was not a party. In these circumstances, the Court should defer to the Tribunal.

B) *Awarding Costs From the Fund*

[118] On the second issue, I would not interfere with Gillese J.A.'s decision not to order costs payable to the Committee from the Fund.

[119] Gillese J.A. identified two authorities setting out the proper approach to follow in deciding when to award an unsuccessful litigant its costs from a trust fund. The English case *Buckton v. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406, notes three categories of cases in the wills and estate context. The first category is comprised of cases in which the trustees apply to a court to construe the terms of the

IX. Question 4 — Dépens

[115] Les dépens soulèvent deux questions. Premièrement, le Tribunal avait-il le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse? Deuxièmement, la Cour d'appel a infirmé la décision de la Cour divisionnaire et pouvait donc rendre sa propre décision au sujet des dépens : 2007 ONCA 605, 282 D.L.R. (4th) 625. Elle a refusé d'adjuger les dépens au comité par prélèvement sur la caisse. Il s'agit de savoir si la Cour doit intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel.

A) *Compétence du Tribunal pour adjuger des dépens*

[116] Relativement à la première question, aux termes de l'art. 24 de la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, « [l]e Tribunal peut ordonner à une partie à l'audience de verser les dépens d'une autre partie ou les frais du Tribunal. » Le Tribunal a conclu que, la caisse n'étant pas partie à l'instance, il n'avait pas le pouvoir d'ordonner le paiement des dépens à même la caisse.

[117] Le texte de l'art. 24 est très clair à ce sujet. Le Tribunal ne peut ordonner le paiement des dépens à même la caisse si la fiducie n'est pas partie à l'instance. En l'espèce, la caisse n'était pas une partie. Dans ces circonstances, la Cour devrait s'en remettre au Tribunal.

B) *Adjuger des dépens par prélèvement sur la caisse*

[118] Relativement à la deuxième question, je suis d'avis de ne pas modifier la décision de la juge Gillese de ne pas ordonner le paiement des dépens au comité par prélèvement sur la caisse.

[119] La juge Gillese a trouvé deux décisions qui énoncent la démarche appropriée pour décider à quel moment il convient d'adjuger des dépens à une partie déboutée à même un fonds en fiducie. La décision anglaise *Buckton c. Buckton*, [1907] 2 Ch. 406, relève trois catégories d'affaires dans le contexte des testaments et des successions. La première catégorie comprend les affaires où les fiduciaires

trust deed so that they may determine the proper administration of the trust. The second category is comprised of similar cases seeking to determine the proper administration of the trust, but brought by the beneficiaries of the trust rather than the trustees. In both these cases, costs may rightfully be paid from the trust fund. However, costs will not be paid from the fund in cases that fall under the third category, that is, where a beneficiary makes a claim which is adverse to other beneficiaries of the trust.

[120] In *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154 (Ont. S.C.J.) ("*Sutherland (2006)*"), Cullity J. set out the situations where he finds that costs may be payable from a trust fund. His approach appears similar to the first two categories of *Buckton*. At para. 11, he writes:

> Orders for the payment of costs out of trust funds are most commonly made in either of two cases. One is where the rights of the unsuccessful parties to funds held in trust are not clearly and unambiguously dealt with in the terms of the trust instrument. In such cases, the order is sometimes justified by describing the problem as one created by the testator or settlor who transferred the funds to the trust. The other case is where the claim of the unsuccessful party may reasonably be considered to have been advanced for the benefit of all of the persons beneficially interested in the trust fund.

[121] I think these cases helpfully define the circumstances in which costs should be awarded from a pension trust fund. The rules in both *Buckton* and *Sutherland (2006)* would allow a court to award its costs out of the fund where there is a legitimate uncertainty as to how to properly administer the trust and where the dispute is not adversarial.

[122] In *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506, the British Columbia Court of Appeal has recently criticized the application of *Buckton* to a number of cases,

demandent à un tribunal d'interpréter l'acte de fiducie afin qu'ils puissent déterminer la bonne administration de la fiducie. La deuxième catégorie est composée d'affaires semblables où les actions sont intentées par les bénéficiaires de la fiducie plutôt que par les fiduciaires. Dans les deux catégories, les dépens peuvent légitimement être payés à même les fonds en fiducie. Toutefois, les dépens ne seront pas prélevés sur les fonds en fiducie dans les affaires qui appartiennent à la troisième catégorie, c'est-à-dire si un bénéficiaire présente une réclamation au préjudice des autres bénéficiaires de la fiducie.

[120] Dans *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2006), 53 C.C.P.B. 154 (C.S.J. Ont.) (« *Sutherland (2006)* »), le juge Cullity a décrit les situations où, selon lui, les dépens peuvent être payés à même les fonds en fiducie. Son approche ressemble à celle retenue pour les deux premières catégories énoncées dans *Buckton*. Au paragraphe 11, il écrit :

> [TRADUCTION] Les ordonnances de paiement des dépens à même les fonds en fiducie sont généralement rendues dans l'une ou l'autre des situations suivantes. La première est celle où les droits des parties déboutées aux fonds en fiducie ne sont pas clairement énoncés dans l'acte de fiducie. Dans de tels cas, l'ordonnance est parfois justifiée en décrivant le problème comme étant un problème créé par le testateur ou le constituant qui a transféré les fonds dans la fiducie. La deuxième situation est celle où il est raisonnablement considéré que la demande de la partie déboutée peut raisonnablement être considérée comme ayant été présentée dans l'intérêt de toutes les personnes ayant un droit bénéficiaire sur la caisse.

[121] J'estime que ces exemples définissent utilement les circonstances dans lesquelles les dépens devraient être accordés par prélèvement sur une caisse de retraite. Les règles établies dans *Buckton* et *Sutherland (2006)* autoriseraient un tribunal à adjuger les dépens par prélèvement sur la caisse quand il subsiste des doutes légitimes quant à la façon de bien administrer la fiducie et quand le litige n'est pas contradictoire.

[122] Dans *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2008 BCCA 246, 294 D.L.R. (4th) 506, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment critiqué l'application de l'arrêt *Buckton* à plusieurs

including one it had previously decided. It expressed the view that in British Columbia *Buckton* should only apply to proceedings dealt with in chambers (originating applications under the British Columbia *Rules of Court*) and not to more complex trial litigation. It nevertheless acknowledged that in pension litigation, costs may be awarded on the basis set out in *Sutherland (2006)*. I think this ruling points to some difficulties in applying *Buckton* in the context of pension litigation.

[123] Pension litigation is frequently more complex than estate litigation. In the context of pension litigation, the court must not just be sensitive to the litigation being adversarial between beneficiaries of the trust, as *Buckton* might be taken to suggest, but also between the beneficiaries and the settlor (in this case the Company), the trustees or the administrators (in this case the Retirement Committee). Unlike the wills and estate context, the employer that settles a pension trust is likely under an ongoing obligation to contribute to the trust fund. As a result, awarding costs out of a pension trust fund may have an impact on the employer. This is especially true in cases such as this involving issues of expenses payable by a trust fund and of contribution holidays. In these cases, a costs award from the fund will reduce the actuarial surplus in the fund and hasten the date when the employer must satisfy expense requirements or must begin making contributions again.

[124] In *Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274, the Nova Scotia Court of Appeal addressed the question of costs with the benefit of the Ontario Court of Appeal's decision in this case. It agreed with Gillese J.A.'s finding that the key question is whether the litigation is adversarial rather than aimed at the due administration of the pension trust fund. Claims that are adversarial amongst beneficiaries will not qualify for a costs award from the

affaires, dont une qu'elle avait déjà tranchée. Elle a estimé qu'en Colombie-Britannique *Buckton* ne devrait s'appliquer qu'aux litiges instruits par le juge en cabinet (requêtes introductives d'instance en vertu des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique) et non aux litiges plus complexes instruits par un juge lors d'un procès. Elle a tout de même reconnu que dans les litiges en matière de régimes de retraite, les dépens peuvent être adjugés conformément à la méthode énoncée dans *Sutherland (2006)*. Je pense que cette décision fait ressortir les difficultés que pose l'application de *Buckton* dans ce contexte.

[123] Les litiges en matière de régimes de retraite sont souvent plus complexes que les litiges en matière de succession. Dans le contexte des litiges en matière de régimes de retraite, la cour ne doit pas seulement tenir compte du caractère contradictoire du litige entre les bénéficiaires de la fiducie, comme *Buckton* pourrait le laisser entendre, mais aussi entre les bénéficiaires et le constituant (en l'espèce, la société), les fiduciaires ou les administrateurs (en l'espèce, le comité de retraite). Contrairement au contexte des testaments et des successions, l'employeur qui crée une caisse de retraite est censé ne pas cesser de cotiser à la caisse. Par conséquent, l'adjudication des dépens par prélèvement sur une caisse de retraite peut avoir des répercussions sur l'employeur. C'est d'autant plus vrai dans les cas, comme en l'espèce, qui portent sur la question de frais payables par prélèvement sur une caisse et celle de la suspension de cotisations. Dans ces cas, une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse aura pour effet de réduire l'excédent actuariel de la caisse et de précipiter la date à laquelle l'employeur doit satisfaire aux exigences en matière de frais ou recommencer à verser des cotisations.

[124] Dans *Smith c. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008 NSCA 107, 271 N.S.R. (2d) 274, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a abordé la question des dépens à la lumière de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. Elle a partagé la conclusion de la juge Gillese selon laquelle la question principale est celle de savoir si le litige est contradictoire au lieu d'être axé sur la bonne administration de la caisse de retraite. Les demandes de nature contradictoire entre les

fund. However, not even every claim in which the beneficiaries have a common interest in the litigation will entitle them to their costs from the fund. A claim might still be adversarial, even if it is not adversarial amongst beneficiaries. Costs will only be awarded from the fund where the proceedings are necessary for the due administration of the trust.

[125] Where litigation involves issues, such as in the present case, of a dispute between a settlor of a trust fund and some or all of its beneficiaries, the ordering of costs payable from the fund to the unsuccessful party may ultimately have to be paid by the successful party. In these types of cases, a court will be more likely to approach costs as in an ordinary lawsuit, i.e., payable by the unsuccessful party to the successful party.

[126] In the end, of course, costs awards are quintessentially discretionary. Courts have considered a number of factors in finding that litigation was concerned with due administration of the trust. Courts have noted that the litigation was primarily about the construction of the plan documents (*Huang v. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107, *Patrick v. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74, and *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277), clarified a problematic area of the law (*Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154 (Ont. Div. Ct.), and *Burke*), was the only means of clarifying the parties' rights (*Burke*), alleged maladministration (*MacKinnon v. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688), and had no effect on other beneficiaries of the trust fund (*C.A.S.A.W., Local 1 v. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504, and *Bentall Corp. v. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181 (S.C.)).

bénéficiaires ne donneront pas droit à une adjudication des dépens par prélèvement sur la caisse. Toutefois, les demandes dans lesquelles les bénéficiaires prenant part au litige ont un intérêt commun ne permettront pas toutes que les dépens soient ainsi adjugés. Une demande peut être de nature contradictoire, même si les parties opposées ne sont pas des bénéficiaires. Les dépens ne seront prélevés à même la caisse que si l'instance est nécessaire pour assurer la bonne administration de la fiducie.

[125] Lorsque le litige porte, comme en l'espèce, sur des questions relatives à un différend entre le constituant d'une caisse et les bénéficiaires ou certains d'entre eux, les dépens que la partie déboutée pourra prélever sur la caisse peuvent en fin de compte devoir être payés par la partie obtenant gain de cause. Dans les affaires de ce genre, la cour aura davantage tendance à aborder les dépens de la même façon que dans une poursuite ordinaire, soit que la partie déboutée les paye à la partie qui a eu gain de cause.

[126] Bien entendu, en fin de compte, l'adjudication des dépens est un exemple typique d'une décision discrétionnaire. Les tribunaux ont pris en compte plusieurs facteurs pour arriver à la conclusion que le litige concernait la bonne administration de la fiducie. Ils ont constaté que le litige concernait essentiellement l'interprétation des documents relatifs au régime (*Huang c. Telus Corp. Pension Plan (Trustees of)*, 2005 ABQB 40, 41 Alta. L.R. (4th) 107, *Patrick c. Telus Communications Inc.*, 2005 BCCA 592, 49 B.C.L.R. (4th) 74, et *Burke c. Hudson's Bay Co.*, 2008 ONCA 690, 299 D.L.R. (4th) 277), qu'il précisait un aspect problématique du droit (*Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2003), 36 C.C.P.B. 154 (C. div. Ont.), et *Burke*), qu'il constituait le seul moyen de préciser les droits des parties (*Burke*), qu'il alléguait une mauvaise administration (*MacKinnon c. Ontario Municipal Employees Retirement Board*, 2007 ONCA 874, 288 D.L.R. (4th) 688), et qu'il n'avait aucune incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie (*C.A.S.A.W., Local 1 c. Alcan Smelters and Chemicals Ltd.*, 2001 BCCA 303, 198 D.L.R. (4th) 504, et *Bentall Corp. c. Canada Trust Co.* (1996), 26 B.C.L.R. (3d) 181 (C.S.)).

[127] Courts have refused to award costs when they considered litigation ultimately adversarial. In reaching this conclusion, they have noted the following factors: the litigation included allegations by the unsuccessful party of breach of fiduciary duty (*White v. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39); the litigation only benefited a class of members and it would impose costs on other members should the plaintiff be successful (*Smith, Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (Div. Ct.), and *Turner v. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53); the litigation had little merit (*Smith*, *White* and *Lennon*).

[128] In this case, the Company was successful, i.e., it does not have to pay into the Fund to cover expenses at issue and may take contribution holidays. There is no reason to penalize it by reducing the Fund surplus and thereby reducing its opportunity for contribution holidays.

[129] Moreover, Gillese J.A. held that the litigation was adversarial in nature because it was ultimately about the propriety of the Company's actions and because the Committee sought to have funds paid into the Fund to the benefit of the DB members only. The litigation seems particularly unusual in light of several Committee members having played a part in the taking of the decisions the Committee is now challenging.

[130] I agree with Gillese J.A. that this case is adversarial in nature.

[131] Gillese J.A. also concluded that the Committee was not bringing this litigation on behalf of all beneficiaries. She rested this conclusion on the fact that the benefits the Committee claimed were only for the DB members of the Plan. She also took into account a conclusion reached by a concurring Tribunal member (see *Nolan v. Superintendent of Financial Services*, [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL), at para. 27, Mr. McNairn),

[127] Les tribunaux ont refusé d'adjuger des dépens quand ils estimaient que le litige avait été de nature contradictoire. Pour parvenir à cette conclusion, ils ont fait ressortir les facteurs suivants : la partie déboutée avait allégué un manquement à l'obligation fiduciaire (*White c. Halifax (Regional Municipality) Pension Committee*, 2007 NSCA 22, 252 N.S.R. (2d) 39); le litige ne servait que les intérêts d'une catégorie de participants et si les demandeurs avaient obtenu gain de cause, il aurait imposé des dépens à d'autres participants (*Smith, Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (C. div.), et *Turner c. Andrews*, 2001 BCCA 76, 85 B.C.L.R. (3d) 53); le litige était peu fondé (*Smith*, *White* et *Lennon*).

[128] En l'espèce, la société a obtenu gain de cause; elle n'a pas à cotiser à la caisse pour couvrir les frais en question et elle peut recourir aux suspensions de cotisations. Il n'existe aucune raison de la pénaliser en réduisant l'excédent de la caisse et, par conséquent, en réduisant ses possibilités de suspendre ses cotisations.

[129] En outre, la juge Gillese a conclu que le litige était de nature contradictoire parce qu'il portait, en dernière analyse, sur la légitimité des mesures prises par la société et parce que le comité demandait que les fonds soient versés dans la caisse au bénéfice exclusif des participants PD. Le litige semble particulièrement inhabituel compte tenu du fait que plusieurs membres du comité ont joué un rôle dans la prise des décisions que le comité conteste maintenant.

[130] Je suis d'accord avec la juge Gillese pour dire que la présente affaire est de nature contradictoire.

[131] La juge Gillese a aussi conclu que le comité n'a pas intenté ce recours pour le compte de tous les bénéficiaires. Elle a fondé cette conclusion sur le fait que le comité ne présentait sa réclamation que pour les participants PD. Elle a également tenu compte de la conclusion à laquelle est arrivé un autre membre du Tribunal (voir *Nolan c. Surintendant des services financiers*, [2004] O.F.S.C.D. No. 191 (QL), par. 27, M. McNairn) selon laquelle le comité n'avait pas

that the Committee had not demonstrated its precise level of support among Plan members.

[132] For these reasons, there would be no justification to interfere with the costs ruling of Gillese J.A. that costs should be payable by the Committee in favour of the Company.

X. Disposition

[133] The appeal should be dismissed with costs in favour of the Company against the appellants.

The reasons of LeBel and Fish JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[134] The issues raised in this appeal affect the millions of Canadians who are members of occupational pension plans. Several of these issues are the subjects of frequent litigation in the pension field, such as an employer's use of pension funds to pay plan expenses, the taking of "contribution holidays" in a defined benefit pension plan ("DB plan"), and the proper test for determining whether the costs of litigation can be awarded from a pension fund. I agree with my colleague's conclusions on these issues and will not address them in the reasons below.

[135] However, one question raised in this appeal is novel, and more contentious: it asks whether an employer can use the surplus of a DB pension plan to fund its contribution obligations toward a defined contribution pension plan ("DC plan"). It is on this issue that my colleague and I part ways. I believe that the employer's use of DB surplus to fund its obligations toward the DC plan is not supported by the legislative regime and constitutes a breach of the plan provisions, the trust agreement, and the relevant principles of trust law. When the DC plan was created in 2000, the company's employees ceased to be members of a single plan. The employees in

démontré dans quelle mesure les participants du régime avaient appuyé sa démarche.

[132] Pour ces motifs, rien ne justifierait la Cour d'intervenir à l'égard de la décision de la juge Gillese de condamner le comité aux dépens.

X. Dispositif

[133] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de la société contre les appelants.

Version française des motifs des juges LeBel et Fish rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident en partie) —

I. Introduction

[134] Les questions soulevées dans le présent pourvoi touchent les millions de Canadiens qui participent à des régimes de retraite professionnels. Plusieurs d'entre elles font l'objet de fréquents litiges dans le domaine des pensions, par exemple l'utilisation par l'employeur de la caisse de retraite pour acquitter les frais du régime, la suspension des cotisations à un régime de retraite à prestations déterminées (le « régime PD ») et le critère qu'il convient d'employer pour déterminer s'il est possible d'adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite. Je souscris aux conclusions de mon collègue sur ces questions et je n'examinerai pas celles-ci dans les motifs qui suivent.

[135] Cependant, une question soulevée en l'espèce est nouvelle et se révèle plus litigieuse : l'employeur peut-il se servir de l'excédent d'un régime PD pour financer ses cotisations obligatoires à un régime de retraite à cotisations déterminées (le « régime CD »)? C'est sur cette question que mon collègue et moi divergeons d'opinion. À mon sens, le régime législatif ne permet pas une telle utilisation, qui constitue une violation des dispositions du régime, de la convention de fiducie et des principes pertinents du droit des fiducies. En 2000, à la création du régime CD, les employés de la société ont cessé de participer à un régime unique. Ceux

the DC plan ("DC members") are not beneficiaries of the DB trust and any amendment that would purport to designate them as such would contravene these same provisions and principles. As a result, the decision of the Financial Services Tribunal ("Tribunal") that approved such an amendment was unreasonable and must be quashed.

II. Overview

[136] I will not attempt to duplicate my colleague's thorough review of the facts. However, a brief sketch of the parameters of this appeal and of some particular facts is necessary. The pension plan in this case provided benefits on a DB basis until January 1, 2000, when the respondent company closed the DB plan to new members and opened a DC plan. Existing employees could choose whether to join the DC plan or to remain in the DB plan, whereas new employees were only entitled to join the DC plan. The appellants, a group of former employees of Kerry (Canada) Inc. and its predecessor companies ("Kerry"), essentially contend that their employer misused the funds in their pension trust. The appellants claim that the company did not ever have the right to pay certain expenses related to the management of the plan from the pension fund, and that it was not entitled to use the fund's surplus to offset its required contributions (i.e. to take a "contribution holiday") with respect to both the DB and the DC plans. This case arose as a result of the appellants' decision to challenge these alleged irregularities before the Superintendent of Financial Services ("Superintendent"). The Superintendent, who is the other respondent in this appeal, ordered Kerry to reimburse the pension fund for some of the third-party expenses, but refused to order reimbursement for the contribution holidays Kerry had taken with respect to the DB and DC plans.

[137] The Tribunal heard the appeal against the Superintendent's Notices of Proposal. The Tribunal released several sets of reasons, only one of which is relevant to this discussion: [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). In those reasons, the Tribunal held that Kerry was entitled to take contribution holidays

qui participent au régime CD (les « participants CD ») ne sont pas bénéficiaires de la fiducie PD et toute modification visant à les désigner comme tels contrevient à ces mêmes dispositions et principes. Par conséquent, la décision du Tribunal des services financiers (« Tribunal ») d'approuver une telle modification est déraisonnable et doit être annulée.

II. Aperçu

[136] Je n'essaierai pas de répéter l'examen approfondi des faits qu'a effectué mon collègue. Il est toutefois nécessaire d'exposer brièvement les paramètres du présent pourvoi et certains faits. Le régime de retraite en l'espèce offrait des prestations déterminées jusqu'au 1er janvier 2000, date à laquelle la société intimée a fermé le régime PD aux nouveaux employés et a ouvert un régime CD. Les employés en poste pouvaient choisir de passer au régime CD ou de conserver le régime PD, alors que les nouveaux employés avaient seulement le droit de participer au régime CD. Les appelants, un groupe d'anciens employés de Kerry (Canada) Inc. et de ses prédécesseurs (« Kerry »), font essentiellement valoir que leur employeur a fait un mauvais usage des fonds de leur fiducie de retraite. Ils soutiennent que la société n'a jamais été autorisée à payer, à même la caisse de retraite, certains frais d'administration du régime et qu'elle n'avait pas le droit de compenser par l'excédent de la caisse ses cotisations obligatoires (c.-à-d. de recourir aux suspensions de cotisations) aux régimes PD et CD. Le présent pourvoi résulte de la décision des appelants de contester ces irrégularités alléguées devant le surintendant des services financiers (« surintendant »). Le surintendant, l'autre intimé en l'espèce, a ordonné à Kerry de rembourser à la caisse certains frais dus à un tiers, mais a refusé d'ordonner le remboursement des cotisations que Kerry aurait dû verser aux régimes PD et CD si elle ne s'était pas prévalue d'une suspension de cotisations.

[137] Le Tribunal a entendu l'appel formé contre les avis de proposition émis par le surintendant. Il a rendu plusieurs séries de motifs, dont une seule est pertinente dans le présent débat : [2004] O.F.S.C.D. No. 193 (QL). Dans ces motifs, il a conclu que Kerry avait le droit de suspendre ses cotisations au

from the DB plan. Moreover, it held that Kerry could continue to fund its contributions toward the DC plan from the DB surplus, but on the condition that it retroactively amend the 2000 pension plan (the "Plan") to designate the DC members as beneficiaries of the pension trust fund (the "retroactive designation" remedy).

[138] The Ontario Divisional Court reviewed the Tribunal's contribution holiday decision on the standard of correctness because, in its opinion, the issue required the interpretation of pension plan documents and trust agreements, and therefore engaged a question of law. The court concluded that the Tribunal did not correctly address the contribution holiday issue and reversed the Tribunal on this point: (2006), 209 O.A.C. 21. It viewed the DB and DC plans as two separate and distinct pension plans, and held that the contribution holidays taken with respect to the DC plan constituted unlawful cross-subsidization between pension funds that could not be remedied by a retroactive designation of DC members as fund beneficiaries.

[139] The Ontario Court of Appeal applied the standard of reasonableness to the Tribunal's contribution holiday decision, as the issue engaged the Tribunal's relative expertise in interpreting pension plan documents and was not a pure question of law. Gillese J.A., for the court, held that the Tribunal's decision was reasonable and reinstated its proposed remedy, adding that she would have reached the same conclusion even on the correctness standard: 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1. Although her reasoning was not the same as that of the Tribunal, Gillese J.A. agreed that a retroactive amendment designating the DC members as trust beneficiaries would permit the employer to use the surplus in the fund to pay its contributions toward the DC plan. The appellants sought and obtained leave to appeal to this Court: [2008] 1 S.C.R. xi.

régime PD. Il a aussi décidé qu'elle pouvait continuer à financer ses cotisations au régime CD par prélèvement sur l'excédent accumulé dans le régime PD, mais à condition de modifier rétroactivement le régime de retraite de 2000 (le « régime ») de manière à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite en fiducie (la « désignation rétroactive »).

[138] La Cour divisionnaire de l'Ontario a examiné selon la norme de la décision correcte la décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations, car, selon elle, la question nécessite l'interprétation des documents relatifs au régime de retraite et des conventions de fiducie, et fait donc intervenir une question de droit. La cour a conclu que le Tribunal n'a pas examiné correctement la question de la suspension des cotisations et a infirmé sa décision sur ce point : (2006), 209 O.A.C. 21. Elle a considéré que le régime PD et le régime CD constituent deux régimes de retraite distincts et a conclu que la suspension des cotisations au régime CD constituait un interfinancement illicite entre régimes de retraite auquel ne pouvait remédier une désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la caisse.

[139] La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué la norme de la raisonnabilité à l'examen de la décision du Tribunal concernant la suspension des cotisations. À son avis, la question fait intervenir l'expertise relative du Tribunal dans l'interprétation des documents sur le régime de retraite et n'est pas une pure question de droit. La juge Gillese, au nom de la cour, a conclu que la décision du Tribunal était raisonnable et a rétabli la réparation qu'il avait proposée, ajoutant qu'elle serait parvenue à la même conclusion, même selon la norme de la décision correcte : 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1. Bien qu'elle ait adopté un raisonnement différent de celui du Tribunal, la juge Gillese a convenu qu'une modification rétroactive visant à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse permettrait à l'employeur de se servir de l'excédent de la caisse pour payer ses cotisations au régime CD. Les appelants ont demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel devant la Cour : [2008] 1 R.C.S. xi.

[140] I agree that the appropriate standard of review for the contribution holiday issue is reasonableness. As my colleague has aptly explained, at paras. 26-30 of his reasons, the four factors underlying the standard of review analysis clearly point to the conclusion that the Tribunal's decision concerning the DC contribution holidays must only be interfered with if it is unreasonable. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court explained that reasonableness is a deferential standard that requires the reviewing court to determine whether the administrative decision falls within a range of defensible outcomes. A decision is unreasonable if, for instance, it fails to adhere to the principles of "justification, transparency and intelligibility" (*Dunsmuir*, at para. 47) or if the outcome cannot be supported on a reasoned analysis of the facts and the law underpinning the issue in question. Respect for the rule of law requires that a court not uphold an administrative decision that is irrational, arbitrary, or untenable. A decision is irrational when it is devoid of a basis in law in respect of its core legal issues.

[141] In this case, the Tribunal's decision with respect to the DC contribution holidays fell outside the range of reasonable outcomes available to it. The Tribunal did acknowledge that the employer's amendments to the Plan seeking to permit contribution holidays in the DC plan violated the terms of the original trust agreement entered into in 1954 (the "Trust Agreement") and constituted an encroachment on irrevocable trust funds. However, it failed to take these very principles into consideration when ordering its remedy of retroactively designating DC members as beneficiaries of the fund. The retroactive amendment would breach the same terms of the Trust Agreement and the Plan's text that prohibited the DC contribution holidays in the first place. The Tribunal's failure to take this into account when crafting the remedy

[140] Je conviens que la norme de contrôle applicable à l'examen de la question de la suspension des cotisations est celle de la raisonnabilité. Comme l'a si bien expliqué mon collègue, aux par. 26-30 de ses motifs, les quatre facteurs qui sous-tendent l'analyse relative à la norme de contrôle mènent clairement à la conclusion que la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations ne doit être modifiée que si elle est déraisonnable. Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a expliqué que la norme de la raisonnabilité implique une attitude de déférence. En effet, cette norme demande au tribunal de révision qu'il détermine si la décision administrative se situe toujours à l'intérieur des résultats justifiables en l'espèce. Une décision est qualifiée de déraisonnable, par exemple, si elle ne concilie pas avec les principes de « justification », de « transparence » et d'« intelligibilité » (*Dunsmuir*, par. 47) ou si une analyse raisonnée des faits et du droit sur lesquels repose la question en litige ne permet pas de justifier la conclusion du décideur. Le respect de la primauté du droit exige que le tribunal de révision ne confirme pas une décision administrative irrationnelle, arbitraire ou insoutenable. Sera considérée comme irrationnelle la décision dépourvue de fondement juridique à l'égard des questions essentielles de droit qu'elle soulève.

[141] En l'espèce, la décision du Tribunal au sujet de la suspension des cotisations au régime CD n'appartient pas à la gamme des résultats raisonnables possibles. Le Tribunal a effectivement reconnu que les modifications apportées au régime par l'employeur qui visent à autoriser la suspension des cotisations au régime CD contreviennent à la convention de fiducie initiale signée en 1954 (la « convention de fiducie ») et constituent un empiétement sur les fonds en fiducie irrévocable. Il n'a toutefois pas pris en considération ces principes lorsqu'il a ordonné, à titre de réparation, que les participants CD soient désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la caisse. La modification rétroactive enfreindrait les dispositions mêmes de la convention de fiducie et le texte du régime, qui de toute façon interdisent la suspension des cotisations. Le fait que le Tribunal n'a

cannot be justified and the remedy is therefore unreasonable.

[142] The Court of Appeal therefore erred in concluding that the Tribunal's contribution holiday decision was reasonable and in reinstating the retroactive designation remedy. Indeed, I believe that the court's conclusion that Kerry would be entitled to take contribution holidays in the DC plan following the retroactive amendment was predicated on a number of errors. First, the court failed to consider the lack of support for this type of contribution holiday in the governing legislation and regulations. The *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 ("*PBA*"), and the *Pension Benefits Act* General Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909 ("*Regulations*"), do not authorize the use of surplus in a DB fund to offset an employer's contribution obligations toward a DC plan except in the event of a full conversion from a DB to a DC plan. All parties to this appeal agree that full conversion has not occurred. As such, the legislation is of no assistance to the respondents.

[143] Second, the court adopted an unduly formalistic view of the pension plan. Gillese J.A. held that Kerry's creation of a DC plan did not result in a new plan, since "[c]ontrol, management and administration of the Plan remained with the Retirement Committee and the company" (para. 111). It is true that the Plan falls to be registered as a single plan and that the same committee administers both parts of the Plan. However, this appeal demands a much closer examination of the arrangement that has been in place since the creation of the DC plan in 2000. The DB and DC contributions are completely segregated and belong to entirely different funding regimes. Members who switched to the DC plan removed all their accrued benefits from the DB fund and placed them in separate annuity accounts that have no real, factual connection to the fund. Gillese J.A. failed to appreciate the separate and distinct nature of the DB and DC plans in this case and instead focused on the formal existence of a single plan. In so doing, she failed to acknowledge that Kerry's use of the DB surplus to eliminate its

pas pris cet aspect en compte au moment de concevoir la réparation ne peut se justifier et la réparation est donc déraisonnable.

[142] La Cour d'appel a donc fait erreur en concluant que la décision du Tribunal sur la suspension des cotisations est raisonnable et en rétablissant la désignation rétroactive. D'ailleurs, je pense que la cour a commis plusieurs erreurs lorsqu'elle a conclu que Kerry aurait le droit de suspendre ses cotisations au régime CD à la suite de la modification rétroactive qu'elle suggérait. Premièrement, la cour n'a pas tenu compte du fait que ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans les dispositions législatives et réglementaires applicables. En effet, la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), et son règlement d'application, R.R.O. 1990, Règl. 909 (« *Règlement* »), n'autorisent pas l'employeur à compenser ses cotisations obligatoires à un régime CD par l'excédent accumulé dans la caisse d'un régime PD, sauf dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD. Les parties au présent pourvoi reconnaissent qu'il n'y a pas eu conversion totale. Comme telle, la loi donc n'est d'aucune utilité pour les intimés.

[143] Deuxièmement, la cour a donné une interprétation indûment formaliste au régime de retraite. La juge Gillese a conclu que, en créant un régime CD, Kerry n'a pas instauré un nouveau régime puisque [TRADUCTION] « [l]e comité de retraite et la société conservent le contrôle, la gestion et l'administration du régime » (par. 111). Il est vrai que le régime est enregistré comme un seul régime et que le même comité en administre les deux volets. Le présent pourvoi exige toutefois un examen plus approfondi de l'arrangement en vigueur depuis la création du régime CD en 2000. Les cotisations aux régimes PD et CD sont complètement séparées et appartiennent à des régimes de financement entièrement différents. Les participants qui sont passés au régime CD ont retiré de la caisse du régime PD toutes leurs prestations acquises pour les transférer dans des comptes de rente viagère qui n'ont aucun lien véritable ou factuel avec la caisse. La juge Gillese n'a pas évalué la nature distincte des régimes PD et CD en l'espèce et s'est concentrée sur l'existence formelle d'un régime unique. Ce faisant, elle n'a pas reconnu

contribution obligations to the DC plan resulted in a violation of the provisions in the Plan and Trust Agreement that prohibit the use of trust funds for other than the exclusive benefit of fund beneficiaries. Moreover, she overlooked the serious problems with the Tribunal's remedy of ordering the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the fund.

[144] Third, the court ought to have considered the trust ramifications of the employer's DC contribution holidays. In *Schmidt v. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 S.C.R. 611, this Court held that pension funds impressed with a trust are governed primarily by the equitable principles of trust law. Cory J. wrote that a pension trust "is governed by equity, and, to the extent that applicable equitable principles conflict with plan provisions, equity must prevail" (p. 655). Thus, even if there were no legislative or contractual impediment to the DC contribution holidays, it would still be necessary to determine whether the holidays are barred by trust principles. In this case, the DC contribution holidays could only be realized by the withdrawal of funds from the pension trust, which holds the contributions and accrued benefits of the employees of the DB plan ("DB members"), and the subsequent deposit of those same funds into the DC members' annuity accounts. This is a clear example of the employer's controlling and encroaching on funds that are irrevocably held in trust for the benefit of DB members. This action violates the general trust principle against revocation as well as the provisions in the Plan's documentation that expressly prohibit the employer's revocation of trust funds.

[145] In sum, Kerry's contribution holidays in the DC plan cannot be supported under any reasonable interpretation of the Plan's documentation or of relevant trust law principles. I will address each of these points in turn in the following reasons.

que Kerry, en utilisant l'excédent du régime PD pour payer ses cotisations obligatoires au régime CD, a contrevenu aux dispositions du régime et de la convention de fiducie, lesquelles interdisent l'utilisation des fonds de la fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif de ses bénéficiaires. De plus, elle n'a pas tenu compte des problèmes sérieux que pose la désignation rétroactive — ordonnée par le Tribunal à titre de réparation — des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie.

[144] Troisièmement, la cour aurait dû prendre en compte les ramifications qu'entraîne pour la fiducie la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalu l'employeur. Dans *Schmidt c. Air Products Canada Ltd.*, [1994] 2 R.C.S. 611, la Cour a conclu que les caisses de retraite assujetties à une fiducie sont régies essentiellement par les principes d'*equity* du droit des fiducies. Le juge Cory a rappelé que la caisse de retraite « est régie par l'*equity* et, dans la mesure où les principes d'*equity* applicables sont incompatibles avec les dispositions du régime, l'*equity* doit prévaloir » (p. 655). Par conséquent, même si rien dans les dispositions législatives ou contractuelles, n'interdit les suspensions des cotisations, il demeure nécessaire de déterminer si les principes en matière de fiducie empêchent ces suspensions. En l'espèce, la suspension des cotisations ne devient possible qu'avec le retrait des fonds de la fiducie de retraite — qui détient les cotisations ainsi que les prestations acquises des participants au régime PD (les « participants PD ») — et leur dépôt subséquent dans les comptes de rente viagère des participants CD. Cela constitue un bon exemple de contrôle et d'empiétement par l'employeur sur les fonds détenus irrévocablement en fiducie au bénéfice des participants PD. Ces gestes contreviennent au principe général de la fiducie, qui déconseille la révocation, et aux dispositions des documents relatifs au régime, qui interdisent expressément à l'employeur de révoquer la fiducie.

[145] En somme, la suspension des cotisations au régime CD dont s'est prévalue Kerry ne peut se justifier selon une interprétation raisonnable des documents relatifs au régime ou des principes pertinents du droit des fiducies. J'examinerai successivement chacun de ces points dans les motifs qui suivent.

III. Analysis

A. *Background: Contribution Holidays*

[146] As explained by Rothstein J., an employer can lawfully use the surplus of a pension fund to take contribution holidays with respect to a DB pension plan, provided that it is permitted by the legislation and plan documentation: *Schmidt*. A plan might expressly authorize or prohibit contribution holidays. When a plan is silent on the matter, implicit authorization for contribution holidays might be found in the plan's formula for calculating employer contributions. If the formula requires the discretion of an actuary to determine the amount of each contribution, then the actuary's discretion enables him or her to follow the accepted actuarial practice of using fund surplus to offset employer contributions. A fixed formula for employer contributions, however, would implicitly prohibit the taking of contribution holidays since it obliges the employer to contribute to the fund regardless of whether the contributions are actually required to provide the members with their guaranteed benefits (*Schmidt*, at p. 653).

[147] While it is settled law that an employer may take contribution holidays in these circumstances, that does not mean that the issue has not attracted some controversy or that contribution holidays might not be, at times, imprudent. Many employees believe that surplus should be maintained to serve as a "cushion" against future market failings or employer insolvency (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at p. 404). Indeed, there is a very real risk that contribution holidays could affect the stability of pension plans. According to the report of the Ontario Expert Commission on Pensions, some employers have taken contribution holidays when the results of their last triennial valuation permitted them, despite the fact that the plans were underfunded at the time the holidays were taken. Research conducted on federally regulated pension plans and cited in the Commission report revealed that "45% of under-funded plans would not have been underfunded had they [the employers] not taken contribution holidays" (Government of Ontario, *A Fine*

III. Analyse

A. *Contexte : Suspension des cotisations*

[146] Comme l'explique le juge Rothstein, l'employeur peut légalement utiliser l'excédent d'une caisse de retraite pour suspendre ses cotisations à un régime PD, pourvu que la loi et les documents relatifs au régime le permettent : *Schmidt*. Un régime peut expressément autoriser ou interdire la suspension des cotisations. En cas de silence du régime sur le sujet, il est possible d'inférer de la formule de calcul des cotisations de l'employeur l'autorisation implicite nécessaire pour la suspension des cotisations. Si, pour l'application de la formule, l'actuaire doit déterminer le montant de chaque cotisation, il conserve le pouvoir discrétionnaire de suivre la pratique actuarielle reconnue qui consiste à compenser les cotisations de l'employeur par l'excédent de la caisse. Toutefois, une formule fixant les cotisations de l'employeur de manière invariable interdirait implicitement la suspension des cotisations puisqu'elle oblige l'employeur à cotiser à la caisse, que les cotisations soient ou non réellement nécessaires pour garantir des prestations aux participants (*Schmidt*, p. 653).

[147] Certes, il est bien établi en droit que l'employeur peut se prévaloir d'une suspension de cotisations dans ces circonstances, mais cela ne signifie pas que la question n'a pas suscité de controverses ou que la suspension des cotisations ne risque pas parfois d'être imprudente. Bon nombre d'employés estiment que l'excédent doit être maintenu dans la caisse pour servir de [TRADUCTION] « tampon » en cas de défaillance du marché ou d'insolvabilité de l'employeur (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 404). Il subsiste effectivement un risque très réel que la suspension des cotisations compromette la stabilité des régimes de retraite. Selon le rapport de la Commission d'experts en régimes de retraite de l'Ontario, certains employeurs ont recouru aux suspensions de cotisations si leur dernière évaluation triennale le leur permettait, même si les régimes se trouvaient sous-capitalisés au moment de la suspension des cotisations. D'après les recherches effectuées sur les régimes de retraite assujettis à la réglementation fédérale et cités dans le rapport de

Balance: Safe Pensions, Affordable Plans, Fair Rules (2008), at p. 78).

[148] On the other hand, many employers maintain that the ability to take contribution holidays provides them with the incentive to fund DB pension plans generously, since any contributions over the amount required to meet the plan's liabilities can serve to reduce their future contributions. Moreover, the possibility of taking contribution holidays might entice employers to provide pension benefits on a DB basis in the first place, in spite of the often greater demands on employers in such plans. Employees typically prefer DB plans because they provide guaranteed benefits with less attendant risk. Given the current trend among Canadian employers to create DC rather than DB plans, some employees might welcome measures (such as contribution holidays) that encourage employers to adopt DB plans.

[149] This debate demonstrates the tension between providing incentive for employers to establish pension schemes that do not carry with them prohibitive financial burdens, and the need to protect pensioners' rights and ensure the vitality of those plans, especially at times of economic instability. While it might be said that allowing employers to take contribution holidays with respect to DB plans strikes the appropriate balance between these competing demands, I believe that the use of surplus from a DB plan to fund an employer's obligations with respect to a separate DC plan disrupts this careful balance, to the detriment of plan members.

[150] The question of contribution holidays in the context of DC plans has rarely been examined by Canadian courts. The reason for this stems from the nature of a DC plan: the contribution amount is guaranteed. The employer (and possibly the employee, depending on the type of plan) makes

la commission, « la situation de 45 % des régimes sous-capitalisés [. . .] serait [. . .] meilleure si les [employeurs] n'avaient pas pris une période de suspension des cotisations » (gouvernement de l'Ontario, *Un juste équilibre : Une retraite sûre, Un régime abordable, Des règles équitables* (2008), p. 88).

[148] Par ailleurs, bon nombre d'employeurs maintiennent que la possibilité de se prévaloir d'une suspension de cotisations les incite à capitaliser généreusement les régimes PD, puisque toute cotisation dépassant la somme requise pour le paiement des dépenses du régime peut servir à réduire leurs cotisations futures. De plus, cette possibilité pourrait en fait encourager les employeurs à offrir des régimes PD, malgré les exigences souvent plus grandes que ces régimes leur imposent. Les employés préfèrent généralement les régimes PD parce qu'ils offrent des prestations garanties et comportent moins de risques. En raison de la tendance actuelle chez les employeurs canadiens à créer des régimes CD plutôt que des régimes PD, certains employés pourraient se réjouir des mesures (telle la suspension des cotisations) qui incitent les employeurs à adopter des régimes PD.

[149] Ce débat démontre la tension entre, d'une part, l'adoption de mesures qui incitent les employeurs à instaurer des régimes de retraite ne comportant pas d'énormes fardeaux financiers et, d'autre part, la nécessité de protéger les droits des retraités et d'assurer la vitalité de ces régimes, surtout dans une conjoncture d'instabilité économique. Certes, on pourrait affirmer que l'autorisation de la suspension des cotisations aux régimes PD établit un juste équilibre entre ces exigences conflictuelles, mais j'estime que l'utilisation de l'excédent d'un régime PD pour financer les obligations de l'employeur à l'égard d'un régime CD distinct rompt ce juste équilibre, au détriment des participants du régime.

[150] Les tribunaux canadiens ont rarement examiné la question de la suspension des cotisations dans le contexte des régimes CD. La raison tient à la nature du régime CD : le montant de la cotisation est garanti. L'employeur (et peut-être l'employé, selon le type de régime) verse régulièrement sur le compte

regular contributions of a fixed amount to the member's account. The final benefit that the member receives consists of the total sum that has been contributed, plus any return on the investment. Thus, unlike the members of a DB plan, the members of a DC plan recoup *all* the money that has accumulated in their personal account, whatever the amount. For this reason, DC plans themselves do not accumulate a surplus. Since employers cannot lawfully take a contribution holiday unless the plan is in a state of actuarial surplus, there is no opportunity for contribution holidays in a pure DC plan. In this case, the employer's addition of a DC plan to an ongoing DB plan means that a surplus arises, unusually, in the context of a DC plan.

[151] As I will explain in these reasons, no support for this type of contribution holiday can be found in the legislative framework or in the provisions of the Plan and Trust Agreement. Rather, the Plan documentation and the principles of trust law effectively forbid the taking of a contribution holiday in the DC plan that is funded from the surplus in the DB plan. The Tribunal's remedy of retroactively designating the DC members as fund beneficiaries cannot cure this defect in the Plan amendments that seek to permit contribution holidays with respect to the DC plan.

B. *The Legislative Framework*

[152] Pension law is governed first and foremost by provincial legislation. In Ontario, all pension plans must be administered in accordance with the *PBA* and the *Regulations* (see *PBA*, s. 19). The legislation clearly permits an employer to take contribution holidays when a pension fund is in a state of actuarial surplus. Section 7(3) of the *Regulations* reads:

> In any year for which no special payments are required to be made for a pension plan under section 5, an actuarial gain may be applied to reduce contributions for normal costs required to be made by the employer, by a person or entity required to make contributions on behalf of the employer, by the members of the pension plan or by any of them.

du participant des cotisations fixées d'avance. La prestation finale que reçoit le participant correspond au montant total des cotisations, plus le rendement du capital investi. Ainsi, contrairement aux participants PD, les participants CD récupèrent *tout* l'argent accumulé dans leur compte personnel, quel qu'en soit le montant. C'est pourquoi les régimes CD ne comportent pas d'excédent. Comme les employeurs ne sont pas autorisés par la loi à suspendre leurs cotisations, à moins que le régime n'enregistre un excédent actuariel, un régime CD pur n'offre pas la possibilité de suspendre les cotisations. En l'espèce, le fait que l'employeur ajoute un régime CD à un régime PD en vigueur crée, exceptionnellement, un excédent dans le régime CD.

[151] Comme j'expliquerai dans les présents motifs, ce type de suspension des cotisations ne trouve pas appui dans le cadre législatif ou dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie. Au contraire, les documents relatifs au régime et les principes du droit des fiducies interdisent effectivement d'utiliser l'excédent accumulé dans le régime PD pour suspendre les cotisations au régime CD. La réparation prévue par le Tribunal, à savoir la désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires du fonds, ne remédie pas à cette lacune dans les modifications apportées au régime et destinées à permettre la suspension des cotisations au régime CD.

B. *Le cadre législatif*

[152] Les régimes de retraite sont régis d'abord et avant tout par la législation provinciale. En Ontario, tous les régimes de retraite doivent être administrés conformément à la *LRR* et au *Règlement* (voir la *LRR*, art. 19). Il est clair que la législation autorise l'employeur à recourir à la suspension des cotisations si la caisse de retraite affiche un excédent actuariel. Voici le texte du par. 7(3) du *Règlement* :

> Au cours d'un exercice pour lequel aucun paiement spécial n'est exigé par l'article 5 à l'égard d'un régime, le gain actuariel peut être affecté à la réduction des cotisations destinées aux coûts normaux que doivent verser soit l'employeur, soit la personne ou l'entité qui est tenue de cotiser pour son compte, soit les participants du régime, soit n'importe lequel d'entre eux.

As I noted above, a DC plan on its own can never be in a state of surplus. Presumptively, then, s. 7(3) of the *Regulations* is limited in scope to DB plans that are capable of accumulating a surplus (or an "actuarial gain").

[153] There is, however, one instance in which a DC plan might be said to enjoy some benefit of a surplus, and that is following a full conversion from a DB plan. This is made clear by s. 9 of the *Regulations*:

> If an amendment to a pension plan with defined benefits converts the defined benefits to defined contribution benefits, the employer may offset the employer's contributions for normal costs against the amount of surplus, if any, in the pension fund after the conversion.

My colleague and I agree that the DB plan in this case was not fully converted to a DC plan, since the DB plan continued to operate after it was closed to new members in 2000. As such, s. 9 of the *Regulations* does not apply to the case at bar. There is therefore no legislative provision that permits the allocation of surplus from a DB plan to a DC plan when a full conversion has not occurred. The circumstances in which a surplus might lawfully be used to fund contribution holidays under s. 7(3), then, is limited to either a DB plan standing alone or a DC plan that has been fully converted from a DB plan.

[154] My colleague, however, contends that the legislation, while it does not expressly permit the use of surplus in a DB plan to fund contribution holidays in a DC plan, suggests that there is nothing inherently wrong with using the surplus in this way, provided the DC members are designated as beneficiaries of the pension fund.

[155] However, the circumstances of a full conversion from a DB to a DC plan differ significantly from those of the current appeal, which involves (for lack of a better phrase) only a partial conversion to a DC plan. Upon total conversion to a DC plan, the pension benefits would still be held by the same members whose contributions made up

Comme je l'ai déjà mentionné, un régime CD ne peut jamais en soi comporter d'excédent. On peut donc présumer que la portée du par. 7(3) du *Règlement* se limite aux régimes PD, seuls susceptibles d'accumuler un excédent (ou « gain actuariel »).

[153] Toutefois, dans un cas on peut conclure qu'un régime CD bénéficie dans une certaine mesure de l'excédent : lorsque intervient une conversion totale d'un régime PD. C'est ce qui ressort clairement de l'art. 9 du *Règlement* :

> Si la modification d'un régime à prestations déterminées convertit les prestations déterminées en prestations à cotisation déterminée, l'employeur peut compenser ses cotisations au titre des coûts normaux par le montant de l'excédent éventuel du régime après la conversion.

Mon collègue et moi convenons que le régime PD en l'espèce n'a pas été totalement converti en un régime CD, puisque le régime PD est resté en vigueur après avoir été fermé aux nouveaux participants en 2000. Comme tel, l'art. 9 du *Règlement* ne s'applique pas en l'espèce. Aucune disposition législative ne permet donc de transférer l'excédent d'un régime PD à un régime CD en l'absence de conversion totale. Par conséquent, les cas où on peut légalement se servir d'un excédent pour suspendre les cotisations en vertu du par. 7(3) se limitent au régime PD autonome ou au régime CD né d'une conversion totale d'un régime PD.

[154] Mon collègue, toutefois, affirme que, même si la législation ne permet pas expressément de prélever sur l'excédent accumulé dans un régime PD pour financer des cotisations à un régime CD, elle laisse entendre que cette utilisation de ce surplus n'a rien de foncièrement inadmissible, à condition de désigner les participants CD comme bénéficiaires de la caisse de retraite.

[155] Cependant, les circonstances de la conversion totale d'un régime PD en un régime CD diffèrent considérablement de celles du présent pourvoi, où il est question (à défaut d'un meilleur terme) d'une conversion seulement partielle en un régime CD. À la conversion totale en un régime CD, les prestations de retraite seraient toujours détenues

the original DB fund, albeit in a different form. It would be a vertical transformation: full conversion would turn a single DB plan into a single DC plan. The beneficiaries would not change and the plan would simply continue in a different form. This picture is consistent with s. 81(1) of the *PBA*:

81.—(1) Where a pension plan is established by an employer to be a successor to an existing pension plan and the employer ceases to make contributions to the original pension plan, the original pension plan shall be deemed not to be wound up and the new pension plan shall be deemed to be a continuation of the original pension plan.

Benefits from the original plan are also deemed to belong to the new plan after total conversion (*PBA*, s. 81(2)). When a DB plan completely changes to a DC plan, the issue of cross-subsidization simply does not arise as there are not two separate plans or separate funding arrangements between which funds are transferred.

[156] For these reasons, the legislation and its regulations do not permit Kerry to use the surplus from the DB fund to finance its contributions toward the DC plan. If Kerry had simply converted the Plan into a DC plan for all members, then s. 9 of the *Regulations* might permit this use of surplus. Fortunately for existing employees, however, they were given the option to remain in the ongoing DB plan. The resulting arrangement thus does not fall into any of the categories addressed by the legislation.

C. *Two Separate Plans*

[157] This appeal also requires the resolution of a preliminary question: did Kerry's creation of a DC plan in 2000 maintain a single pension plan for all employees, or did it effectively result in two separate plans, one DB and one DC? The Divisional Court held that Kerry had created two separate plans:

par les mêmes participants qui ont cotisé au régime PD initial, quoique sous une forme différente. Cette opération s'assimilerait à une transformation verticale : une conversion totale transformerait un seul régime PD en un seul régime CD. Les bénéficiaires ne changeraient pas et le régime continuerait simplement d'exister sous une forme différente. Cette description est conforme au par. 81(1) de la *LRR* :

81 (1) Si un régime de retraite est établi par un employeur pour succéder à un régime de retraite déjà existant et que l'employeur cesse de cotiser au premier régime de retraite, ce dernier est réputé ne pas être liquidé, et le nouveau régime de retraite est réputé être un prolongement du premier régime de retraite.

Les prestations acquises selon les modalités du régime initial sont aussi réputées appartenir au nouveau régime après la conversion totale (*LRR*, par. 81(2)). Dans le cas d'une conversion totale d'un régime PD en un régime CD, la question de l'interfinancement ne se pose simplement pas, car il n'existe pas deux régimes distincts, ou deux arrangements de financement distincts entre lesquels surviennent des transferts de fonds.

[156] Pour ces raisons, la loi et son règlement d'application ne permettent pas à Kerry de se servir de l'excédent accumulé dans le régime PD pour financer ses cotisations au régime CD. Si Kerry s'était contentée de convertir le régime existant en un régime CD pour tous les participants, alors l'art. 9 du *Règlement* pourrait permettre cette utilisation de l'excédent. Toutefois, heureusement, pour les employés en poste, on leur a offert la possibilité de conserver le régime PD. L'arrangement qui en résulte ne relève donc pas d'une des catégories visées par la législation.

C. *Deux régimes distincts*

[157] Le présent pourvoi exige également la résolution d'une question préliminaire : en créant un régime CD en 2000, Kerry a-t-elle maintenu un seul régime de retraite pour tous les employés ou a-t-elle effectivement établi deux régimes distincts, l'un CD et l'autre PD? La Cour divisionnaire a conclu que Kerry avait créé deux régimes distincts :

The 2000 Plan text, no matter what language is employed, clearly creates two (2) funds. The Appellants, who elected to stay in Plan 1, as they were entitled to do, are or have contributed to the DBP and have a beneficial interest in all of the funds in the Plan. The DCP, Part 2, fund is completely separate and funded separately. The Part 2 DCP employees have no connection to the Part 1 DBP plan and cannot legitimately be given a beneficial interest in the fund on the DBP side. Here, there are in law, two (2) pension plans, two (2) pension funds and two (2) classes of members. [para. 72]

[TRADUCTION] Le texte du régime de 2000, peu importe son libellé, crée clairement deux (2) fonds. Les appelants, qui ont choisi de demeurer dans la partie 1 du régime — ce qu'ils avaient le droit de faire — cotisent ou ont cotisé au RPD et ont un intérêt bénéficiaire à l'égard de tous les fonds du régime. Le fonds de la partie 2 du régime (RCD) est complètement distinct et il est financé séparément. Les employés cotisant à la partie 2 (RCD) n'ont aucun lien avec la partie 1 (RPD) et on ne peut leur accorder légitimement un intérêt bénéficiaire à l'égard du fonds de la partie RPD. Dans ce cas-ci, il existe légalement deux (2) régimes de retraite, deux (2) fonds de retraite et deux (2) catégories de participants. [par. 72]

The Court of Appeal, however, held that there was in essence a single pension plan with two components and two classes of members. Since the plan was originally designed to benefit all full-time employees, the creation of a DC scheme for some of those employees could not have resulted in an entirely new plan.

La Cour d'appel, toutefois, a jugé qu'il existait en substance un seul régime de retraite comportant deux volets et deux catégories de participants. Comme le régime visait initialement à assurer des bénéfices à tous les employés à temps plein, la création d'un volet CD pour une partie de ces employés n'aurait pu entraîner l'établissement d'un tout nouveau régime.

[158] Though I disagree with much of the Divisional Court's reasoning, I agree with its conclusion that Kerry effectively created a second pension plan whose members are not beneficiaries of the original fund. It is true that there is only one plan in a formal sense. The Plan falls to be registered as a single plan that provides benefits to all of the company's eligible employees, and it is managed by a single administrator. However, its characterization as a single plan cannot be sustained in light of the high degree of segregation in the Plan documentation between the DB and DC components. I believe that, for all intents and purposes, the DB and DC plans exist as separate entities and should not be treated in this appeal as two components of a single plan.

[158] Malgré mon désaccord avec la majeure partie du raisonnement de la Cour divisionnaire, je souscris à sa conclusion que Kerry a effectivement créé un second régime de retraite dont les participants ne sont pas bénéficiaires du fonds initial. Il est vrai que, d'un point de vue formel, un seul régime existe. Il est enregistré comme étant un régime unique qui verse des prestations à tous les employés admissibles de la société et un même administrateur le gère. Cependant, il ne peut être défini comme un régime unique à cause de la distinction importante entre les volets PD et CD dans les documents relatifs au régime. À mon avis, en fait les régimes PD et CD constituent des entités distinctes qui ne sauraient être traitées dans le présent pourvoi comme deux volets d'un même régime.

[159] To start, DB and DC pension plans are not cut from the same cloth. DB and DC plans provide different types of benefits to their members, and carry a different set of risks and rewards. In a DB plan, the members' final pension benefits are guaranteed and the employer bears primary responsibility for making up any shortfall if the plan is under-funded. While members of a DB plan still bear some risk, such as in the event of employer insolvency, that risk is spread across the

[159] D'abord, les régimes PD et CD sont de nature différente. Ils offrent des types de prestations différents à leurs participants et présentent des risques et des avantages différents. Dans un régime PD, les prestations finales sont garanties et, si le régime est sous-capitalisé, l'employeur reste principalement responsable de combler la différence. S'il est vrai que les participants PD assument une partie des risques, comme dans le cas de l'insolvabilité de l'employeur, ces risques se trouvent répartis entre

membership. Individuals in a DC plan, however, are more vulnerable to market forces. They stand to benefit greatly if the return on their investments is high, but if the return is low, then their overall pension benefits are also low and the employer bears no liability for the plan's poor performance. DB plans are also much more heavily regulated than DC plans. For instance, the reporting requirements under Ontario's *PBA Regulations* are more stringent for DB plans than for DC plans (see e.g. ss. 3, 13 and 14). In light of these fundamental differences between the two types of plans, it should not be presumed that when an employer creates a DC plan for some employees and retains a DB plan for others, he or she has created a single plan.

[160] In this case, the structure of the Plan reflects these differences by treating the two groups of employees differently. The Plan is divided into Part 1, some provisions of which apply exclusively to DB members, and Part 2, which applies exclusively to DC members. Different provisions govern each group of members on matters such as member contributions and their entitlement to benefits, both while the plan is ongoing and upon plan termination. For instance, s. 16.03 reads:

On termination or discontinuance, each Part 1 Member shall have recourse only to the assets in the Pension Fund attributable to Part 1 Members for the provision of the benefits outlined in the Plan for Part 1 Members and each Part 2 Member shall have recourse only to the amounts in his Member's Account.

The Part 2 provisions do not establish any link between Part 2 DC members and the pension fund, aside from the amendment that purports to allow the company to take contribution holidays from the surplus of the fund.

[161] The Plan delineates the funding arrangements for the DB and DC plans and the means by which employees converted to the DC plan in 2000. The assets of DB members continue to be held in the original trust fund, which is administered by

les participants. En revanche, les employés qui cotisent à un régime CD deviennent plus vulnérables aux aléas du marché. Si le rendement du capital investi est élevé, ils en bénéficieront, mais la faiblesse du même rendement diminuera leurs prestations de retraite sans que l'employeur assume quelque responsabilité à l'égard de cette faiblesse. Les régimes PD sont aussi beaucoup plus réglementés que les régimes CD. Par exemple, le règlement d'application de la *LRR* de l'Ontario impose des exigences plus rigoureuses pour les régimes PD que pour les régimes CD (voir, p. ex., art. 3, 13 et 14). Compte tenu de ces différences fondamentales entre les deux types de régimes, on ne doit pas présumer qu'il n'existe qu'un seul régime, lorsqu'un employeur crée un régime CD pour certains employés et conserve le régime PD pour d'autres.

[160] En l'espèce, la structure du régime tient compte de ces différences en traitant les deux groupes d'employés différemment. Le régime est divisé en deux parties : la partie 1, dont certaines dispositions s'appliquent exclusivement aux participants PD, et la partie 2, qui vise exclusivement les participants CD. Des dispositions différentes régissent chacun des deux groupes sur des sujets tels que les contributions des participants et leur admissibilité aux prestations, autant pendant que le régime est en vigueur qu'à sa cessation. Par exemple, l'art. 16.03 prévoit :

[TRADUCTION] À la cessation ou suspension du régime, chaque participant de la partie 1 n'a droit qu'à l'actif de la caisse de retraite attribuable aux participants de la partie 1 pour le versement des prestations prévu dans le régime et chaque participant de la partie 2 n'a droit qu'aux sommes contenues dans son compte.

Les dispositions de la partie 2 n'établissent aucun lien entre les participants de la partie 2 (CD) et la caisse de retraite, sauf la modification visant à permettre la société de suspendre ses cotisations en utilisant l'excédent de la caisse.

[161] Le régime précise les arrangements du financement des régimes PD et CD et la façon dont les employés sont passés au régime CD en 2000. La caisse en fiducie initiale, administrée par la Société de fiducie CIBC Mellon conformément à la

CIBC Mellon Trust Company according to the terms of the Trust Agreement entered into between those parties in 2000. For those employees who decided to convert to the DC plan, however, the company ascertained the value of their benefits that had accrued in the fund on a DB basis up to that time and transferred trust assets equal to that amount to the employees' new DC accounts. Thus, the DC members no longer have any contributions in the fund. Their assets are held in individual accounts and are invested by the Standard Life Assurance Company pursuant to the terms of its contract with Kerry. According to this contract, Standard Life has undertaken to manage the DC members' contributions and to invest them in pooled funds, the value of which fluctuates with the investments' market value, and in guaranteed funds. Upon retirement, the benefits would be paid out as an annuity from those funds in accordance with the terms of the Plan and the statutory framework. Unlike the DB fund benefits, the value of the DC benefits upon retirement is not guaranteed as it is contingent on the success (or otherwise) of the investments. I believe that from the moment the DC members' accrued benefits were moved out of the fund into these separate investment accounts, the DC members ceased to belong to the DB plan and were no longer beneficiaries of the fund.

[162] My colleague asserts that there is no reason in law why a pension plan might not have a single fund for both DB and DC members, provided that the plan documentation and legislation do not prohibit it. To some extent, I agree. There is certainly nothing repugnant in having several components of a single pension plan with a shared fund, as is clear from the growing number of "hybrid plans". But to the extent that my colleague's reasons suggest a *presumption* that the employer's provision of DB and DC plans for a single group of employees results in a single plan, I cannot agree. The starting point should not be the presumption of a single plan with two (or more) components, simply to be displaced by prohibitive language in the documentation or the legislation. Rather, it is necessary to examine the plan's particular arrangement, which will differ from case to case, to determine whether there is in fact a single plan in existence. The plan

convention de fiducie conclue entre les parties en 2000, détient toujours l'actif des participants PD. Toutefois, pour les employés qui ont décidé d'opter pour la conversion au régime CD, la société a établi la valeur de leurs prestations jusque-là accumulées dans le régime PD et a transféré des éléments d'actif d'un montant équivalent dans leurs nouveaux comptes CD. Par conséquent, les participants CD n'ont plus aucune cotisation dans la caisse; leur actif est détenu dans des comptes individuels et investi par la Compagnie d'assurance Standard Life, conformément au contrat conclu avec Kerry. Selon ce contrat, Standard Life s'est engagée à gérer les cotisations des participants CD et à les investir dans des fonds communs, dont la valeur fluctue en fonction de la valeur marchande des investissements, et dans des fonds garantis. À la retraite, les prestations sont payées à titre de rente à même ces fonds conformément aux modalités du régime et aux dispositions législatives pertinentes. Contrairement aux prestations du régime PD, la valeur des prestations du régime CD à la retraite n'est pas garantie, car elle dépend de la rentabilité (ou non) des investissements. Ainsi, à partir du moment où les prestations des participants CD ont été retirées de la caisse et déposées dans ces comptes de placement distincts, ces derniers ont cessé de participer au régime PD et d'être bénéficiaires de la caisse.

[162] Mon collègue affirme qu'aucune raison en droit n'interdit qu'un régime de retraite maintienne une seule caisse pour les participants PD et pour les participants CD, dans la mesure où les documents relatifs au régime et la loi ne le prohibent pas. Je suis d'accord jusqu'à un certain point. La création de plusieurs volets d'un seul régime de retraite, financés par une caisse commune, n'a rien de fondamentalement inadmissible, comme en témoigne le nombre croissant de « régimes hybrides ». Cependant, j'exprime mon désaccord dans la mesure où les motifs de mon collègue laissent croire à l'existence d'une *présomption* selon laquelle les régimes PD et CD offerts par l'employeur à un même groupe d'employés ne constituent qu'un seul régime. Le point de départ ne devrait pas être la présomption qu'existe alors un régime unique à deux volets (ou plus) et que cette présomption peut être écartée tout simplement par une disposition prohibitive prévue dans

documentation must clearly evince an intention to maintain a single plan and, most importantly, the plan structure must actually reflect and follow from this intention. In the few cases in which courts have allowed contribution holidays in a DC plan by resort to surplus in a DB fund, the courts have emphasized the need to examine the plan documentation for evidence of a single plan with a single fund for all members.

[163] In one of these cases, *Sutherland v. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64, the Ontario Superior Court of Justice examined a DB pension trust to which two DC components were added at different times. Siegel J. concluded that the employees were all members of the same plan and beneficiaries of the same trust fund. In arriving at this conclusion, he acknowledged that "the issue as to whether a single trust fund was accomplished in any given situation is fact specific, depending entirely on the text of the relevant documentation" (para. 218). The documentation in *Sutherland* showed that when the DC members were added to the plan, their assets were transferred to the DB trust fund and the pooled assets were ultimately administered by a single trustee, Royal Trust Corporation of Canada ("Royal Trust"). Although the DC members had accounts to which their pension contributions were credited, Siegel J. noted that there was "no evidence that such accounts were segregated in some manner" (para. 71). Indeed, all of the assets were invested on a collective basis.

[164] The structure of the plan changed somewhat in 2001 when Royal Trust appointed an agent, the Standard Life Assurance Company of Canada ("Standard Life"), to invest the contributions that attached to the DC section of the plan. The Standard Life policy explicitly recognized Royal Trust as the trustee of those assets, and invested

les documents du régime ou la loi. Il faut plutôt examiner l'aménagement particulier de chaque régime, qui varie d'une affaire à l'autre, pour déterminer s'il n'existe effectivement qu'un seul régime. Les documents doivent révéler clairement l'intention de maintenir un seul régime et, plus important encore, la structure du régime doit réellement refléter et respecter cette intention. Dans les quelques cas où ils ont autorisé la suspension des cotisations à un régime CD par prélèvement de l'excédent de la caisse du régime PD, les tribunaux ont insisté sur la nécessité d'examiner les documents relatifs au régime pour établir l'existence d'un régime unique et d'une seule caisse pour tous les participants.

[163] Dans une de ces affaires, *Sutherland c. Hudson's Bay Co.* (2007), 60 C.C.E.L. (3d) 64, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a examiné le cas d'une caisse de retraite PD à laquelle deux volets CD ont été ajoutés à différents moments. Le juge Siegel a conclu que les employés participaient tous au même régime et bénéficiaient tous de la même caisse en fiducie. Pour conclure en ce sens, il a reconnu que [TRADUCTION] « la question de savoir s'il n'y avait qu'une seule caisse en fiducie dans une situation donnée est fonction des faits de l'espèce et dépend entièrement du texte des documents pertinents » (par. 218). Selon les documents étudiés dans *Sutherland*, au moment où les participants CD se sont ajoutés au régime, leurs éléments d'actif ont été transférés dans la caisse du régime PD et les éléments d'actif mis en commun étaient administrés par un seul fiduciaire, la Société Trust Royal du Canada (« Trust Royal »). Même si les participants CD possédaient des comptes où leurs cotisations de retraite étaient déposées, le juge Siegel a souligné qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve que ces comptes étaient séparés d'une manière quelconque » (par. 71). En fait, tous les éléments d'actif étaient investis sur une base collective.

[164] La structure du régime avait changé partiellement en 2001 quand Trust Royal a nommé un agent, la Compagnie d'assurance Standard Life du Canada (« Standard Life »), pour investir les cotisations au volet CD du régime. Standard Life a explicitement reconnu Trust Royal comme fiduciaire de l'actif et a investi les fonds selon les directives

the funds only under the direction of Royal Trust, rather than the plan members. Siegel J. held that this new arrangement did not alter the legal relationship between the plan members and the trustee. Apart from Standard Life's physical possession of those funds, there was no legal separation between the assets held by Standard Life and those contained in the Fund (para. 298).

[165] Siegel J. contrasted the arrangement in *Sutherland* with that in the case at bar. After pointing to some degree of similarity between the DC investment arrangements in the two cases, he held that the plan documentation in the case at bar contemplated a greater separation between the DB and DC schemes:

> The pension plan document in *Kerry* evidences an intention to separate the assets in the trust fund that are referable to the defined benefit section of the plan from those that are referable to the defined contribution section of the plan. [para. 269]

Siegel J. was right to make this distinction. In the current appeal, there is no evidence that the contributions of the DB and DC plan members were ever pooled in a single fund; nor is there any suggestion that the insurance company that invests the DC members' assets has an agency relationship (or any relationship at all) with CIBC Mellon Trust Company, the fund's trustee. To the contrary, Standard Life invests the DC members' assets according to the terms of its contract with Kerry, which refers neither to CIBC Mellon Trust Company nor to the assets held for DB members in the original trust (A.R., at p. 731). The plan documentation thus contemplates a far greater level of differentiation between DB and DC members than the arrangements in *Sutherland*.

[166] My colleague also cites *Barclays Bank Plc v. Holmes*, [2000] P.L.R. 339 (Ch. D.), for the proposition that a pension plan might be structured as a single plan with both DB and DC members as beneficiaries of the fund. The conclusion in *Barclays* again turned largely on the court's interpretation of the relevant plan documentation. Neuberger J. held that the documentation and the plan structure

de Trust Royal, et non selon celles des participants au régime. Le juge Siegel a conclu que ce nouvel arrangement ne modifiait pas la relation juridique entre les participants et la fiduciaire. À part le fait que Standard Life détenait physiquement ces fonds, il n'existait aucune distinction juridique entre l'actif détenu par Standard Life et celui détenu dans la caisse (par. 298).

[165] Le juge Siegel a souligné le contraste entre le régime dans *Sutherland* et celui en l'espèce. Après avoir relevé certaines similitudes entre les régimes CD dans les deux cas, il a conclu que les documents relatifs au régime que nous examinons prévoyaient une plus grande séparation entre les régimes PD et CD :

> [TRADUCTION] Les documents relatifs au régime de retraite dans *Kerry* témoignent d'une intention de séparer, dans la caisse en fiducie, l'actif du volet PD de l'actif du volet CD du régime. [par. 269]

Le juge Siegel a eu raison de faire cette distinction. En l'espèce, rien ne prouve que les cotisations des participants aux régimes PD et CD aient jamais été mises en commun dans une seule caisse et rien ne permet de croire qu'il existe une relation mandant-mandataire (ou toute autre relation) entre la compagnie d'assurances chargée d'investir l'actif des participants CD et la Société de fiducie CIBC Mellon, le fiduciaire de la caisse. Au contraire, Standard Life investit l'actif conformément au contrat conclu avec Kerry, qui ne mentionne ni la Société de fiducie CIBC Mellon ni l'actif détenu dans la fiducie initiale pour les participants PD (d.a., p. 731). Les documents relatifs au régime prévoient donc une distinction beaucoup plus nette entre les participants aux régimes PD et CD que dans l'affaire *Sutherland*.

[166] Mon collègue cite également *Barclays Bank Plc c. Holmes*, [2000] P.L.R. 339 (Ch. D.), à l'appui de la thèse selon laquelle un régime de retraite peut être structuré comme un seul régime et désigner les participants des régimes PD et CD comme bénéficiaires de la caisse. Là encore, la conclusion dans *Barclays* reposait en grande partie sur l'interprétation que la cour a donnée aux documents pertinents

clearly showed the employer's intention to create a single plan impressed with a trust. For instance, the definition of "Member" in the plan text specifically entitled DC members to benefits under the fund and, as noted by Rothstein J., the same trustee administered all the accounts. Furthermore, the court was influenced by the particular legislative context, which contemplated that a pension plan might have a single fund that supports both DB and DC schemes.

[167] The outcome in *Barclays* can be contrasted with that of another English case, *Kemble v. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.), which involved a DB pension plan to which a DC component was added. As in the current case, the DC members' contributions were held in individual investment accounts under a contract with an insurance company that was not the trustee of the DB fund. The court held that the employer was not entitled to use the DB surplus to fund its contributions toward DC members. Rimer J. acknowledged that the DB and DC plans were "part of the same overall scheme", but held that

> the establishment of the money-purchase [DC] scheme involved the setting up of what was, within that overall scheme, a scheme quite separate from the final-salary scheme and to which different considerations applied. Those who joined the money-purchase scheme severed their connection with the final-salary scheme, transferred to a new scheme and enjoyed the benefit of a payment to it of a sum representing the actuarial value of their benefits in the final-salary scheme accrued until 31 March 1989. Those who elected not to transfer retained their interest in the assets which remained subject to the final-salary [DB] scheme. [p. 7]

[168] I believe that the arrangement in *Kemble* more closely mirrors the arrangement in the case at bar and, as such, similar considerations apply. These cases demonstrate that while it may not be impermissible for an employer to create two divisions of a single plan, it is also not impermissible

relatifs au régime. D'après le juge Neuberger, les documents et la structure du régime démontraient clairement l'intention de l'employeur de créer un seul régime assujetti à une fiducie. Par exemple, la définition de « participant » conférait expressément sous le régime de la caisse le droit aux prestations aux participants CD et, comme l'a fait remarquer le juge Rothstein, le même fiduciaire administrait tous les comptes. Par ailleurs, la cour a été influencée par le contexte législatif particulier selon lequel un régime de retraite peut avoir une seule caisse pour soutenir les deux volets PD et CD.

[167] On peut aussi comparer le résultat de l'affaire *Barclays* et la conclusion d'une autre affaire anglaise, *Kemble c. Hicks*, [1999] O.P.L.R. 1 (Ch. D.), qui portait sur un régime PD auquel un volet CD a été ajouté. Comme dans le présent pourvoi, les cotisations des participants CD étaient détenues dans des comptes de placement individuels en vertu d'un contrat conclu avec une compagnie d'assurances qui n'était pas le fiduciaire de la caisse du régime PD. La cour a conclu que l'employeur n'avait pas le droit d'utiliser l'excédent du volet PD pour financer ses cotisations au régime CD. Le juge Rimer a reconnu que les régimes PD et CD faisaient [TRADUCTION] « partie du même régime global », mais il a décidé :

> [TRADUCTION] . . . l'établissement du régime à formule d'achat [CD] entraînait l'établissement de ce qui était, dans le cadre du régime global, un régime plutôt distinct de celui calculé sur le dernier salaire, auquel différentes considérations s'appliquaient. Les personnes qui ont adhéré au régime à formule d'achat ont coupé le lien avec le régime à dernier salaire, sont passées au nouveau régime et ont bénéficié du paiement d'une somme égale à la valeur actuarielle de leurs prestations accumulées jusqu'au 31 mars 1989 dans le régime du dernier salaire. Celles qui ont choisi de ne pas changer de régime ont conservé leur droit sur l'actif qui est demeuré assujetti au régime du dernier salaire [PD]. [p. 7]

[168] À mon avis, l'aménagement du régime dans *Kemble* ressemble davantage à celui dont il est question dans le présent dossier et, par conséquent, des considérations semblables jouent dans celui-ci. Ces affaires démontrent qu'il n'est interdit ni de créer un régime unique à deux volets, ni de créer un

for an employer to create what are in fact two separate plans for a single group of employees. Indeed, this possibility is contemplated by s. 34 of the *PBA*, which enables an employer to set up separate pension plans for full-time and part-time employees. One must examine the plan documentation and the actual arrangements to determine which structure is adopted in a particular case. As I outlined above, the Plan documentation in this case reveals a degree of segregation between the DB and DC plans that confirms that the 2000 amendments effectively created a second pension plan.

D. *The "Exclusive Benefit" Provisions*

[169] Why does it matter in this case whether the employees belong to a single plan or to two separate plans? The answer to this question lies in the provisions of the Plan and Trust Agreement that forbid the use of trust assets for other than the exclusive benefit of plan members.

[170] The relevant provisions can be found in the original plan documentation. Section 22 of the 1954 Plan Text provides that

> all contributions made by the Company are irrevocable, and, together with all contributions made by Members, may only be used exclusively for the benefit of Members, retired Members, their beneficiaries or estates, and their contingent annuitants. [Emphasis added.]

Section 1 of the 1954 Trust Agreement contains a similar restriction on the use of trust assets:

> No part of the corpus or income of the Fund shall ever revert to the Company or be used for or diverted to purposes other than for the exclusive benefit of such persons or their beneficiaries or personal representatives as from time to time may be designated in the Plan except as therein provided. [Emphasis added.]

For ease of reference, I will refer to both of these provisions as the "exclusive benefit" provisions, though it is the Trust Agreement that is of

aménagement comportant deux régimes distincts pour un seul groupe d'employés. D'ailleurs, l'art. 34 de la *LRR* prévoit cette possibilité lorsqu'il permet à l'employeur d'établir des régimes de retraite distincts pour les employés à temps plein et ceux à temps partiel. Il faut examiner les documents relatifs au régime et les arrangements en vigueur pour déterminer la structure adoptée dans un cas donné. Comme je l'ai déjà souligné, les documents relatifs au régime en l'espèce révèlent l'existence d'une séparation partielle. Cette distinction confirme que les modifications de 2000 ont effectivement créé un deuxième régime de retraite.

D. *Les dispositions relatives au « bénéfice exclusif »*

[169] Pourquoi importe-t-il en l'espèce de déterminer si les employés participent à un seul régime ou à deux régimes distincts? La réponse à cette question se trouve dans les dispositions du régime et de la convention de fiducie, qui interdisent l'utilisation de l'actif fiduciaire à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime.

[170] Les dispositions pertinentes se trouvent dans les documents relatifs au régime initial. L'article 22 du texte du régime de 1954 prévoit :

> [TRADUCTION] . . . toutes les cotisations versées par la société sont irrévocables et, combinées à l'ensemble des cotisations des participants, elles ne peuvent être utilisées qu'au bénéfice exclusif des participants, des participants retraités, de leurs bénéficiaires ou de leur succession et de leurs rentiers subsidiaires. [Je souligne.]

L'article 1 de la convention de fiducie de 1954 contient une restriction semblable sur l'utilisation de l'actif fiduciaire :

> [TRADUCTION] Aucune partie du capital ou du revenu de la fiducie ne doit retourner à la société, ni être utilisée ou détournée à d'autres fins que le bénéfice exclusif des personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime, ou de leurs bénéficiaires ou représentants successoraux, sauf comme il est prévu aux présentes. [Je souligne.]

Pour plus de commodité, je désignerai ces deux dispositions comme étant les dispositions relatives au « bénéfice exclusif », bien que la convention de

paramount importance here. As noted above, the Tribunal acknowledged that the amendments purporting to authorize contribution holidays in the DC plan from the DB surplus would violate these provisions, as they would

> allow the Company to use or divert some part of the Fund, i.e. the surplus, "to purposes other than for the exclusive benefit of" the beneficiaries of the trust in respect of the Fund who, by virtue of the 2000 Plan, are now the Part 1 members. Any holiday taken by the Company in respect of Part 2 contributions in this fashion can only be realized by actually moving money out of the Fund and transferring it to the insurer that is the funding agency for Part 2, for credit to the individual accounts of the Part 2 members. This action is inconsistent with section 1 of the 1954 Trust Agreement . . . . [para. 32]

[171] It is important at the outset to be clear about who is protected by these provisions and whom the Trust Agreement is meant to serve. I agree with the Tribunal's conclusion that "such persons . . . as from time to time may be designated in the Plan" referred to in the Trust Agreement are the DB members only, for two reasons. First, as I have explained above, the assets in the fund consist solely of the contributions made by or on behalf of the DB members alone. Any assets previously held in the name of current DC members were removed at the time of the conversion. Second, the terms of the Trust Agreement clearly contemplate that member beneficiaries would belong to a DB plan. For instance, the Agreement contains provisions concerning the possibility of fund liabilities, which do not arise in a DC plan (ss. 2, 6 and 11). Indeed, the very nature of a trust fund is inconsistent with the structure of the DC accounts in this case. I will address this issue once again in my discussion of the Tribunal's retroactive designation remedy. For the time being, however, I simply conclude that the exclusive benefit provisions serve to protect DB members from any use of trust assets that is not for their exclusive benefit, such as cross-subsidization between separate plans.

fiducie revête une importance primordiale dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, le Tribunal a reconnu que les modifications visant à autoriser les suspensions des cotisations au régime CD par prélèvement sur l'excédent du régime PD violeraient ces dispositions puisqu'elles

> [TRADUCTION] permettent à la compagnie d'utiliser une partie de la caisse, c.-à-d. l'excédent « à d'autres fins que le bénéfice exclusif » des bénéficiaires de la fiducie établie pour la caisse et qui, selon le régime de 2000, participent maintenant à la partie 1. La seule façon pour la société de suspendre ainsi ses cotisations à la partie 2 consiste à retirer de l'argent de la caisse pour le transférer à l'assureur qui joue le rôle de gestionnaire pour la partie 2, afin qu'il soit porté aux comptes individuels des participants à la partie 2. Cette pratique contrevient à l'article 1 de la convention de fiducie de 1954 . . . [par. 32]

[171] Il importe de déterminer, dès le départ, les personnes qui sont protégées par ces dispositions et celles que vise la convention de fiducie. Je souscris à la conclusion du Tribunal que seuls les participants PD constituent le groupe de [TRADUCTION] « personnes qui peuvent à l'occasion être désignées dans le régime » dont il est question dans la convention de fiducie, et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme je l'ai expliqué, l'actif de la caisse se limite aux cotisations versées par les participants PD ou en leur nom. L'actif préalablement détenu au nom des participants CD actuels a été retiré au moment de la conversion. Deuxièmement, la convention de fiducie prévoit clairement que les bénéficiaires sont assujettis à un régime PD. Par exemple, elle contient des dispositions qui évoquent l'existence possible d'éléments de passif dans la caisse, qu'on ne retrouve pas au régime CD (art. 2, 6 et 11). D'ailleurs, la nature même d'une caisse en fiducie reste incompatible avec la structure des comptes CD en l'espèce. J'examinerai cette question à nouveau dans mon analyse de la solution proposée par le Tribunal, soit la désignation rétroactive des participants. Pour le moment, toutefois, je conclus simplement que les dispositions relatives au bénéfice exclusif visent à protéger les participants PD de toute utilisation de l'actif fiduciaire à une fin autre que leur bénéfice exclusif, comme l'interfinancement entre des régimes distincts.

[172] The issue of cross-subsidization has received significant judicial attention in cases concerning the merger of two or more pension plans. The question of how the merger affects the members' entitlement to assets under their original plan is typically resolved with reference to the terms of the plan documentation and trust agreements in each case. Thus, in some cases, the co-mingling of funds in a merged plan has been found to be lawful: e.g. *Lennon v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (Div. Ct.); *Baxter v. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1 (Ont. Div. Ct.). In others, the particular facts of the case militated against the co-mingling of funds after a merger: *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.); *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) v. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271 (Alta. C.A.).

[173] While the merger cases engage a host of issues that are not relevant to this appeal, the cases are instructive in terms of the broader principle against cross-subsidization between plans that are effectively distinct from one another. In *Aegon*, for instance, the trust assets of two funds were segregated after a merger in accordance with the terms of the trust agreement and the employer's undertaking to the then Pension Commission of Ontario. The employer, however, diverted the assets from one fund to the other in order to take contribution holidays with respect to the second fund. The Court of Appeal held that this action violated the trust agreement because it used trust assets for other than the exclusive benefit of the plan members who were beneficiaries of the fund.

[174] This general principle was affirmed in *Sutherland*, when Siegel J. noted:

> Where it is found that two separate funds exist, there is no principle that can support "cross-subsidization" in the form of payment of the pension benefits of one group of beneficiaries by using assets in a trust fund intended to fund the pension benefits of a separate group of beneficiaries. [para. 260]

[172] La question de l'interfinancement dans les affaires relatives à la fusion d'au moins deux régimes de retraite a largement retenu l'attention des tribunaux. Ceux-ci se fondent habituellement sur les documents relatifs au régime et les conventions de fiducie pour déterminer comment la fusion se répercute sur le droit des participants à l'actif selon le régime initial. Ainsi, dans certains cas, le regroupement des fonds dans un régime fusionné a été jugé légal : p. ex. *Lennon c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2007), 87 O.R. (3d) 736 (C. div.); *Baxter c. Ontario (Superintendent of Financial Services)* (2004), 43 C.C.P.B. 1 (C. div. Ont.). Dans d'autres cas, les faits particuliers au dossier militaient contre le regroupement des fonds après une fusion : *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.* (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.); *Sulpetro Ltd. Retirement Plan Fund (Trustee of) c. Sulpetro Ltd. (Receiver-Manager)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 271 (C.A. Alb.).

[173] Bien que les affaires de fusion de régimes soulèvent toute une série de questions étrangères au présent pourvoi, elles apportent certaines précisions au principe plus général qui interdit l'interfinancement entre des régimes distincts. Dans *Aegon*, par exemple, l'actif des deux caisses a été séparé à la suite d'une fusion conformément à la convention de fiducie et à l'engagement de l'employeur auprès de la Commission des régimes de retraite de l'Ontario de l'époque. L'employeur, toutefois, a transféré l'actif d'une caisse à l'autre pour pouvoir se prévaloir d'une suspension de cotisations à l'égard de la deuxième caisse. La Cour d'appel a conclu que cette pratique violait la convention de fiducie parce qu'elle utilisait l'actif fiduciaire à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants au régime qui étaient des bénéficiaires de la caisse.

[174] Ce principe général a été confirmé dans *Sutherland* lorsque le juge Siegel a écrit :

> [TRADUCTION] Lorsqu'on conclut à l'existence de deux caisses distinctes, aucun principe ne peut justifier « l'interfinancement » sous forme de paiement des prestations de retraite d'un groupe de bénéficiaires par prélèvement sur l'actif de la caisse censé financer les prestations de retraite d'un autre groupe de bénéficiaires. [par. 260]

Indeed, the results in *Sutherland* and *Barclays* were predicated on the courts' conclusion that the employees were members of a single plan and beneficiaries of the same fund. As such, there was no use of trust assets for other than the exclusive benefit of the members. In *Kemble*, however, the existence of two separate plans meant that the employer's use of surplus from a DB fund to reduce its contributions toward a DC plan was an unjust subsidization of the DC members at the DB members' expense. The same result enures in this case: the use of fund surplus to provide contribution holidays with respect to the DC plan violates the exclusive benefit provisions in the Plan documentation as it benefits all but the DB members.

En fait, l'issue des affaires *Sutherland* et *Barclays* reposait sur la conclusion des tribunaux selon laquelle les employés participaient à un régime unique et bénéficiaient de la même caisse. Par conséquent, l'actif n'avait pas été utilisé à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants. Dans *Kemble*, toutefois, l'existence de deux régimes distincts signifiait que l'utilisation de l'excédent de la caisse du régime PD pour réduire les cotisations de l'employeur au régime CD constituait un financement injuste des participants CD aux dépens des participants PD. La même conclusion s'applique en l'espèce : l'utilisation de l'excédent de la caisse pour réaliser une suspension de cotisations au régime CD viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues dans les documents du régime puisque tous en bénéficient, sauf les participants PD.

[175] This brings us to the Tribunal's remedy, also approved by my colleague in his reasons, of retroactively amending the Plan to designate the DC members as beneficiaries of the DB trust fund in order to legitimize the DC contribution holidays. I believe that this remedy is unreasonable and cannot be adopted as it would breach the terms of the Trust Agreement, and would not solve the problem of the DC contribution holidays constituting a violation of the exclusive benefit provisions.

[175] Cela nous amène à examiner la solution du Tribunal, également approuvée par mon collègue dans ses motifs. Cette solution consiste à modifier rétroactivement le régime de façon à désigner les participants CD comme bénéficiaires de la fiducie pour légitimer les suspensions des cotisations au régime CD. Je pense que cette solution est déraisonnable et qu'elle ne peut être acceptée parce qu'elle violerait la convention de fiducie; elle ne réglerait pas non plus le problème de la violation des dispositions concernant le bénéfice exclusif qu'engendre la suspension des cotisations au régime CD.

[176] The company has the right to amend the Plan unilaterally and can, by virtue of s. 13(2) of the *PBA*, make retroactive amendments. However, plan amendments are still subject to the terms of the original Trust Agreement that prohibit the use of funds for other than the exclusive benefit of the trust beneficiaries, who in this case are DB members. Therefore, an amendment to the Plan that seeks to change the beneficiaries of the fund must not contravene the same exclusive benefit provisions that precipitated the need for the remedy in the first place.

[176] La société a le droit de modifier unilatéralement le régime et peut, aux termes du par. 13(2) de la *LRR*, apporter des modifications rétroactives. Celles-ci demeurent toutefois assujetties à la convention de fiducie initiale, qui interdit d'utiliser les fonds à d'autres fins que le bénéfice exclusif des bénéficiaires de la fiducie, c'est-à-dire en l'espèce les participants PD. Ainsi, une modification du régime de retraite visant à changer l'identité des bénéficiaires de la caisse doit respecter les dispositions relatives au bénéfice exclusif des participants CD dont l'existence explique le remède choisi par le Tribunal.

[177] The designation, which aims to provide formal legitimation for DC contribution holidays, would not be for the exclusive or even primary

[177] Non seulement la désignation, qui vise à légitimer officiellement les suspensions des cotisations au régime CD, ne bénéficierait pas exclusivement

benefit of the DB members. It would not benefit them at all. The company certainly stands to benefit from this designation, by being relieved of its contribution obligations to DC members for as long as the DB fund experiences a surplus. It might even be argued that DC members could benefit from the arrangement, by sharing the same entitlement to surplus upon termination that the DB members might be found to have. Indeed, Gillese J.A. concluded that the designation would have the effect of granting the DC members a right to enjoy the surplus with the DB members upon termination of the plan (paras. 107-8). However, the respondents have not pointed to any benefit that might accrue to the DB members from this designation, and none can be established. Rather, the DB members stand only to lose from the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the trust.

ni même principalement aux participants PD, mais elle ne leur profiterait pas du tout. La société pourrait certainement bénéficier de cette désignation puisqu'elle serait libérée de son obligation de cotiser à l'égard des participants CD tant et aussi longtemps que la caisse du régime PD demeure excédentaire. On pourrait même prétendre que les participants CD pourraient bénéficier de l'arrangement, du fait qu'ils jouiraient du même droit à l'excédent à la cessation du régime que les participants PD. D'ailleurs, la juge Gillese a conclu que la désignation aurait pour effet d'accorder aux participants CD le droit de profiter de l'excédent avec les participants PD à la cessation du régime (par. 107-108). Toutefois, les intimés n'ont pu identifier aucun avantage qu'apporterait cette désignation aux participants PD. De toute façon, on ne peut en retrouver aucun. Au contraire, les participants PD ont tout à perdre si les participants CD sont désignés rétroactivement comme bénéficiaires de la fiducie.

[178] It is true, as Gillese J.A. at the Court of Appeal and Rothstein J. in his reasons have pointed out, that the plan contemplated an expanding class of members and that new employees would continually have been added to the DB scheme as trust beneficiaries prior to 2000. Deschamps J. acknowledged the fluidity of pension plans in *Buschau v. Rogers Communications Inc.*, 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, when she wrote:

> A plan is also seen as being, if not a permanent instrument, at least a long-term one. However, the participation of any individual member is ephemeral: members come and go, while plans are expected to survive the flow of employees and corporate reorganizations. [para. 34]

[178] Il est vrai, comme l'ont souligné la juge Gillese, de la Cour d'appel, et le juge Rothstein dans ses motifs, que le régime prévoyait l'augmentation du nombre de participants et que, avant 2000, de nouveaux employés s'ajoutaient sans cesse au régime PD comme bénéficiaires. La juge Deschamps a reconnu la fluidité des régimes de retraite dans *Buschau c. Rogers Communications Inc.*, 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973 :

> Un régime est aussi considéré comme un instrument, sinon permanent, tout au moins à long terme. Par ailleurs, la participation individuelle d'un employé est éphémère : des participants arrivent et d'autres partent; on s'attend néanmoins à ce que les régimes survivent aux roulements de personnel et aux réorganisations d'entreprise. [par. 34]

Along these lines, the respondent Kerry argues that the designation of DC members as beneficiaries of the trust is simply an extension of the employer's general power to continually add new members to an existing plan, such as by merger:

Dans le même ordre d'idées, l'intimée Kerry prétend que la désignation des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie n'est qu'une extension du pouvoir général de l'employeur d'ajouter sans cesse des nouveaux participants au régime en vigueur, par la fusion par exemple :

> The introduction of new members into a pension plan does not breach any underlying trust and is not objectionable as a matter of contract law so long as members continue to receive their benefits. If a plan merger is

> [TRADUCTION] L'introduction de nouveaux participants à un régime de retraite ne constitue pas une violation d'une fiducie sous-jacente et n'est pas opposable en droit contractuel dans la mesure où les participants continuent

permissible, it is difficult to see how it cannot be permissible to amend plan language so as to treat all members of a single plan having two parts as members of the Plan for the purposes of being able to receive benefits from the Fund. [R.F., at para. 83]

de recevoir leurs prestations. Si une fusion est possible, il est difficile de comprendre pourquoi il n'est pas possible de modifier le libellé d'un régime de façon à traiter tous les participants d'un même régime comportant deux volets comme des participants du même régime afin qu'ils puissent recevoir des prestations à même la caisse. [m.i., par. 83]

One might argue, then, that the regular addition of new employees, or the introduction of an entirely new class of employees (e.g. part-time employees), into an existing plan is so commonplace that there is no need to even inquire into whether the addition of new members would violate the exclusive benefit provisions of the plan documentation.

On peut alors soutenir que l'ajout régulier de nouveaux employés ou l'inclusion d'une toute nouvelle catégorie d'employés (p. ex. les employés à temps partiel) dans un régime existant représente une situation si fréquente qu'il est inutile de se demander si l'addition de nouveaux participants contreviendrait aux dispositions relatives au bénéfice exclusif prévues par les documents relatifs au régime.

[179] However, the proposed arrangement in this case raises significant concerns that are not engaged by the addition of new employees to an ongoing plan. Prior to 2000, new employees who joined the Plan made regular contributions to the fund or had contributions made in their name, thus increasing the corpus (or body) of the fund. Those financial contributions to the fund can be seen as providing some sort of benefit, however indirectly, to the existing plan members. More assets mean a stronger and more resilient pension fund, and higher returns on the investments. The same benefit does not arise from the retroactive designation of DC members as beneficiaries of the fund. After 2000, new employees (and existing employees who switched into the DC plan) no longer contribute anything to the fund. Their contributions are directed into their separate annuity accounts, and any prior contributions made by employees who switched to the DC plan were removed at the time of the conversion. The DC members no longer have any entitlement to the trust fund. It would make a mockery of the significant protections afforded to trust funds if such entitlement could be granted by the mere stroke of a pen.

[179] Toutefois, l'arrangement proposé en l'espèce soulève des préoccupations importantes, qui ne découlent pas de l'ajout de nouveaux participants à un régime en vigueur. Avant 2000, les nouveaux employés qui adhéraient au régime versaient des cotisations régulièrement — ou demandaient que les cotisations soient versées en leur nom — augmentant ainsi le capital de la caisse. Ces contributions financières à la caisse peuvent être considérées comme un avantage, quoique indirect, pour les employés participant déjà au régime. En effet, un capital plus important signifie une caisse de retraite plus solide et plus capable d'adaptation ainsi que des rendements plus élevés. La désignation rétroactive des participants CD comme bénéficiaires de la fiducie ne procure pas le même avantage. Après 2000, les nouveaux employés (et les employés en poste qui sont passés au régime CD) ne cotisent plus à la caisse. Leurs cotisations sont dirigées vers leurs comptes de rente viagère séparés, et les cotisations antérieures versées par les employés qui sont passés au régime CD ont été retirées au moment de la conversion. Les participants CD n'ont plus aucun droit à la caisse en fiducie. La reconnaissance du droit de modifier, d'un simple trait de plume, les importantes protections reconnues aux caisses en fiducie rendrait ces protections singulièrement illusoires.

[180] Why is it that the DC members cannot claim any entitlement to the fund? As noted above, when employees opted to convert their DB benefits to

[180] Pourquoi les participants CD sont-ils devenus incapables de revendiquer le droit à la caisse? Comme je l'ai déjà expliqué, lorsque les employés

the DC plan in 2000, assets equal to the amount of benefits that had accrued to date were taken from the fund and placed in individual accounts. The Plan stipulates that, after this conversion, the new DC members would "henceforth be governed by the defined contribution provisions of the Plan and will not be permitted to resume participation in the Plan under the defined benefit provisions" (2000 Plan Text Foreword, s. 1.07). By the terms of this arrangement, then, the DC members can be seen to have relinquished their interest in the remaining assets of the DB Fund. All of their previous contributions and all employer contributions made in their name were removed from the fund and placed in individual accounts, and they cannot revert to the DB plan. They are not beneficiaries of the fund because they do not and cannot derive any benefit from the assets held in that fund. An amendment that would serve to designate them as such is simply an artificial and incomplete response to the problem.

ont choisi de convertir leurs prestations du régime PD en prestations du régime CD en 2000, des éléments d'actif d'un montant égal aux prestations accumulées jusque-là ont été retirés de la caisse et déposés dans des comptes individuels. Le régime prévoit que, après cette conversion, les nouveaux participants CD [TRADUCTION] « seraient dès lors régis par les dispositions du régime sur les cotisations déterminées et ne seraient pas autorisés à recommencer à participer au régime en vertu des dispositions sur les prestations déterminées » (préface du régime de 2000, art. 1.07). Selon cette entente, on peut donc considérer que les participants CD ont renoncé à leur droit au reste de l'actif de la caisse du régime PD. Toutes leurs cotisations antérieures et toutes les cotisations versées par l'employeur en leur nom ont été retirées de la caisse et déposées dans des comptes individuels, et elles ne peuvent retourner au régime PD. Ils ne sont pas des bénéficiaires parce qu'ils bénéficient pas et ne peuvent bénéficier de l'actif détenu dans cette caisse. Toute modification qui aurait pour effet de les désigner comme tels constituerait tout simplement une réponse artificielle et incomplète au problème.

[181] This is quite unlike the situation contemplated by the Ontario Superior Court of Justice in *Sutherland*, when Siegel J. held that there is no reason in law why a pension plan might not be structured with two sections, one DB and one DC, "with the same trust fund supporting the payment of benefits under each section of the plan" (para. 219). In the current appeal, only DB members would have their benefits paid from the trust fund. The DC members' benefits are held separately in annuity accounts that have no connection to the original trust fund that was set up to provide pension benefits on a DB basis to Kerry's employees in 1954.

[181] Cette situation ne ressemble en rien à celle qu'a envisagée la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Sutherland* où le juge Siegel a conclu qu'aucune raison juridique n'empêchait un régime de retraite de comporter deux volets, l'un PD et l'autre CD, [TRADUCTION] « les prestations versées en vertu de chacun des articles du régime provenant de la même caisse en fiducie » (par. 219). En l'espèce, seules les prestations des participants PD seraient prélevées sur la caisse. Celles des participants CD sont détenues séparément dans des comptes de rente viagère qui n'ont aucun lien avec la caisse en fiducie initiale créée en 1954 pour payer les prestations de retraite aux employés de Kerry selon le principe des prestations déterminées.

[182] Indeed, because the company started taking contribution holidays from the DB plan in 1985, everything that has been contributed to the fund since that time has been amassed penny by penny by the DB members alone. The Tribunal's remedy would permit the company to remove assets from the fund and to place those assets in the accounts

[182] En fait, comme la société a commencé à suspendre ses cotisations au régime PD en 1985, les participants à ce régime ont amassé tout ce qui a été versé dans la caisse depuis ce temps-là. La solution que propose le Tribunal permettrait à la société de retirer des éléments d'actif de la caisse pour les déposer dans les comptes détenus par des participants

held by DC members, simply to relieve itself of the obligation to contribute toward the DC plan. As a result, the DB members would see the same amount of money going into the fund as before 2000, but a greater amount coming out of it. The intuitive unfairness of this arrangement should be apparent to even the greatest cynic. More importantly, the arrangement is not only unfair on a principled basis but is also unlawful, as it would result in the use of trust funds for other than the exclusive benefit of the current DB members.

[183] The unlawfulness of the DC contribution holidays would not be remedied *even if* the DC members could be declared beneficiaries of the fund. The withdrawal of funds to enable the employer's DC contribution holidays would continue to violate the exclusive benefit provisions regardless of whether the DC members were technically beneficiaries of the fund. There is no evidence before this Court that the structure of the fund would change as a result of this designation. The employer would continue to take DC contribution holidays by withdrawing assets from the fund and placing them in the DC members' accounts. As I noted above, this movement of funds is not for the exclusive benefit of any of the beneficiaries, whether DB or DC members. To the contrary, it harms the DB members, who see the corpus of their fund decreasing at a steady rate. And while the initial designation of the DC members as beneficiaries might provide them with some future benefit with respect to potential entitlement to surplus, the use of the fund surplus to finance the contribution holidays would simply deplete the overall surplus to which they might one day claim entitlement.

[184] It is hard to see how the DC contribution holidays benefit anyone but Kerry, who is relieved of its contribution obligations to the DC plan. Of what use are the exclusive benefit provisions if they could permit the withdrawal of trust funds for the primary or even exclusive benefit of the company? Indeed, it is not necessary to find that the members have a vested interest in the surplus to appreciate

CD, simplement pour se libérer de son obligation de cotiser au régime CD. Par conséquent, les participants PD constateraient que le même montant d'argent qu'avant 2000 est versé dans la caisse, mais qu'un montant plus élevé en est retiré. Le caractère injuste de cet arrangement devrait être manifeste même pour l'individu le plus cynique. Plus important encore, l'arrangement est non seulement inéquitable au plan des principes, mais aussi illégal, puisqu'il entraînerait une utilisation de la caisse en fiducie à d'autres fins que le bénéfice exclusif des participants actuels du régime PD.

[183] L'illégalité de la suspension des cotisations au régime CD ne serait pas corrigée *même si* les participants CD pouvaient être déclarés bénéficiaires de la fiducie. Le retrait de fonds destiné à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD constituerait toujours une violation des dispositions relatives au bénéfice exclusif, que les participants CD soient ou non, à proprement parler, bénéficiaires de la fiducie. Il n'a pas été démontré devant la Cour que la structure de la fiducie serait modifiée par suite de cette désignation. L'employeur continuerait à s'autoriser des suspensions de cotisations au régime CD en retirant des éléments d'actif de la fiducie pour les déposer dans les comptes des participants CD. Ce déplacement de fonds, je le répète, ne profite exclusivement à aucun bénéficiaire, qu'il s'agisse de participants PD ou CD. Au contraire, il cause préjudice aux participants PD, qui voient décroître le capital de leur caisse à un rythme constant. Par ailleurs, même si la désignation initiale des participants CD comme bénéficiaires peut leur conférer l'avantage futur d'un droit potentiel sur l'excédent, le recours à l'excédent pour financer des suspensions de cotisations aurait simplement pour effet d'appauvrir l'excédent global sur lequel ils pourraient un jour revendiquer un droit.

[184] Il est difficile de comprendre comment les suspensions des cotisations au régime CD profitent à qui que ce soit d'autre que Kerry, qui est libérée de son obligation de cotiser au régime CD. Quelle serait l'utilité des dispositions relatives au bénéfice exclusif si elles pouvaient permettre le retrait de fonds en fiducie au bénéfice principal, voire exclusif, de la société? En fait, il n'est pas nécessaire de

that the present arrangement violates the exclusive benefit provisions and would continue to do so even if the Tribunal's remedy were adopted. Every DC contribution holiday leaves the corpus of the trust smaller, whereas a contribution holiday in respect of a regular DB plan simply leaves the trust alone.

[185] For these reasons, I believe that the Tribunal's order to amend the Plan to make the DC members beneficiaries of the trust in respect of the Fund is unreasonable and that the amendment purporting to allow DC contribution holidays from the DB surplus remains invalid for contravening the exclusive benefit provisions in the Plan documentation.

E. *The Law of Trusts*

[186] The original pension plan in this case was impressed with a trust in 1954. As such, it is subject not only to the requirements imposed by statute and the law of contract, but also to the strictures of trust law. The law of trusts is notoriously difficult to define because, like a child with sticky fingers, it leaves its imprint on a number of different areas ranging from wills and estates to divorce proceedings and pension schemes. What must be remembered, however, is that the law of trusts is primarily oriented toward the protection of beneficiaries, who are entitled to have the trust property administered in their best interest.

[187] This Court held in *Schmidt* that a pension trust is akin to a classic trust, as it is created in order to provide a benefit to employees (p. 640). In a classic trust, the trustee and the beneficiaries share ownership of the trust assets: the beneficiaries have an equitable interest in the trust assets while the trustee holds legal title to them. The trustee has a fiduciary duty to hold the assets exclusively in the interest of the beneficiaries (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 38).

constater que les participants ont un intérêt acquis dans l'excédent pour se rendre compte que l'arrangement actuel viole les dispositions relatives au bénéfice exclusif, et ce, même si la réparation ordonnée par le Tribunal était adoptée. Chaque suspension de cotisations au régime CD amoindrit le capital de la fiducie, alors qu'une suspension de cotisations au régime PD normal n'a pas d'incidence sur la fiducie.

[185] Pour ces motifs, j'estime que l'ordonnance du Tribunal destinée à modifier le régime afin que les participants CD deviennent des bénéficiaires de la fiducie établie au regard de la caisse est déraisonnable et que la modification visant à permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations au régime CD en utilisant l'excédent du régime PD demeure invalide parce qu'elle contrevient aux dispositions relatives au bénéfice exclusif du régime.

E. *Droit des fiducies*

[186] En l'espèce, le régime de retraite initial a été assujetti à une fiducie en 1954. C'est pourquoi il est soumis non seulement aux exigences de la loi et du droit contractuel, mais aussi aux règles du droit des fiducies. Le droit des fiducies est notoirement difficile à définir, car, comme un enfant aux doigts tachés de confiture, il laisse ses empreintes dans plusieurs domaines différents, allant des testaments et successions aux procédures de divorce et aux régimes de retraite. Il faut toutefois se rappeler que le droit des fiducies vise principalement à protéger les bénéficiaires, qui ont droit à ce que les biens de la fiducie soient administrés dans leur intérêt.

[187] La Cour a conclu dans *Schmidt* qu'une fiducie de retraite s'apparente à une fiducie classique, car elle est créée au bénéfice des employés (p. 640). Dans une fiducie classique, le fiduciaire et les bénéficiaires partagent la propriété de l'actif : les bénéficiaires ont un intérêt en equity dans l'actif de la fiducie alors que le fiduciaire en détient le titre légal. Le fiduciaire a l'obligation de détenir l'actif exclusivement dans l'intérêt des bénéficiaires (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 38).

Indeed, the beneficiaries of a trust are given legal protection of the highest order.

[188] Despite their status as classic trusts, however, pension trusts engage somewhat different considerations due to the existing legal relationship between the settlor (usually the employer) and the trust beneficiaries (the employees). Browne-Wilkinson V.-C.'s comments in *Imperial Group Pension Trust Ltd. v. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), are apt:

> Pension scheme trusts are of quite a different nature to traditional trusts. The traditional trust is one under which the settlor, by way of bounty, transfers property to trustees to be administered for the beneficiaries as objects of his bounty. Normally, there is no legal relationship between the parties apart from the trust. The beneficiaries have given no consideration for what they receive. The settlor, as donor, can impose such limits on his bounty as he chooses, including imposing a requirement that the consent of himself or some other person shall be required to the exercise of the powers.
>
> As the Court of Appeal has pointed out . . . a pension scheme is quite different. Pension benefits are part of the consideration which an employee receives in return for the rendering of his services. In many cases, . . . membership of the pension scheme is a requirement of employment. In contributory schemes, . . . the employee is himself bound to pay his or her contributions. Beneficiaries of the scheme, the members, far from being volunteers have given valuable consideration. The company employer is not conferring a bounty. In my judgment, the scheme is established against the background of such employment and falls to be interpreted against that background. [pp. 605-6]

[189] U.K. courts are not alone in noting the distinction between traditional and pension trusts. In *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 385-88, aff'd (1994), 110 D.L.R. (4th) 609 (Ont. C.A.), Adams J. wrote:

> Trust law responds to the long gestation of pension arrangements and accommodates the welfare of former

Les bénéficiaires d'une fiducie se voient effectivement accorder le niveau de protection juridique le plus élevé.

[188] Toutefois, malgré leur statut de fiducie classique, les fiducies de retraite soulèvent des considérations en partie différentes en raison de la relation juridique particulière entre le constituant (habituellement l'employeur) et les bénéficiaires de la fiducie (les employés). Les commentaires du vice-chancelier Browne-Wilkinson dans *Imperial Group Pension Trust Ltd. c. Imperial Tobacco Ltd.*, [1991] 2 All E.R. 597 (Ch. D.), sont fort à propos sur ce point :

> [TRADUCTION] Les fiducies de retraite sont d'une nature assez différente de celle des fiducies traditionnelles. Dans une fiducie traditionnelle, le constituant, en échange d'une prime, transfère des biens aux fiduciaires, qui les administrent pour les bénéficiaires, lesquels profiteront de la prime. Habituellement, il n'y a aucune relation juridique entre les parties à l'exception de la fiducie. Les bénéficiaires n'ont donné aucune contrepartie pour ce qu'ils reçoivent. Le constituant, à titre de donateur, peut imposer des limites à l'égard de la prime comme bon lui semble, y compris une condition assujettissant l'exercice des pouvoirs à son consentement ou à celui d'une autre personne.
>
> Comme la Cour d'appel l'a souligné, [. . .] un régime de retraite est très différent. Les prestations de retraite représentent la contrepartie que reçoit un employé en échange de ses services. Dans bien des cas, [. . .] l'affiliation à un régime de retraite est une exigence de l'emploi. Dans les régimes financés par des cotisations [. . .] l'employé est lui-même tenu de payer ses cotisations. Les bénéficiaires du régime, les participants, loin d'être volontaires ont donné une contrepartie valable. L'employeur ne donne aucune prime. À mon avis, le régime est établi dans le contexte de l'emploi et doit être interprété selon ce contexte. [p. 605-606]

[189] Les tribunaux anglais ne sont pas les seuls à souligner la différence entre les fiducies traditionnelles et les fiducies de retraite. Dans *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1992), 98 D.L.R. (4th) 326 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 385-388, conf. par (1994), 110 D.L.R. (4th) 609 (C.A. Ont.), le juge Adams a écrit :

> [TRADUCTION] Le droit des fiducies répond à la longue gestation des régimes de retraite et veille au bien-

employees who often lack any other effective means to protect their interests. . . . Trust law, in this modern context, must accommodate and be responsive to key differences between the traditional settling of a trust and the ongoing administration of a pension plan in a changing economic environment. But employers, trade unions and trustees must also appreciate the central importance of pension arrangements to all employees and be vigilant of the dependent interests engrained in these plans. [p. 388]

The beneficiaries of a pension trust depend on the fund's assets to sustain them during retirement. In the unionized workplace, employees will have often traded other benefits for a strong pension regime for themselves and their families. Pension schemes are frequently used by employers to attract the most qualified employees and to encourage long-term commitment to the job. In this context, it is important to call upon the flexibility of trust law in assessing the legitimacy of the employer's actions carried out with respect to the trust. It is not enough simply to look to the propriety of the trustee's administration of the trust to determine whether the rights of the beneficiaries have been unjustly interfered with. The employer's actions are also implicated.

[190] Newbury J.A. recognized the special role of the employer in the pension trust context in *Buschau v. Rogers Cablesystems Inc.*, 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257, at para. 1 (rev'd 2006 SCC 28, [2006] 1 S.C.R. 973, but not on this point):

In Canada at least, pension trusts and plans also usually contemplate that the settlor, or employer, will play a role akin to that of the trustee in a traditional trust, even though a trust company is appointed as formal trustee. Indeed, employers often retain the authority to direct the trustee as to many matters relating to the administration of the trust, and even to amend or modify the class of beneficiaries under the trust, change the benefits to which they will be entitled, and on occasion, revoke or terminate the trust unilaterally.

Lane J. came to a similar conclusion in *Aegon Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 34

être des anciens employés qui souvent n'ont pas d'autres moyens efficaces de protéger leurs intérêts. [. . .] Le droit des fiducies, dans ce contexte moderne, doit prendre en considération les principales différences entre le règlement traditionnel d'une fiducie et l'administration continue d'un régime de retraite dans une conjoncture économique changeante. Mais les employeurs, les syndicats et les fiduciaires doivent aussi reconnaître l'importance capitale des régimes de retraite pour tous les employés et être conscients des intérêts dépendants ancrés dans ces régimes. [p. 388]

Les bénéficiaires d'une fiducie de retraite dépendent de l'actif pour subvenir à leurs besoins une fois à la retraite. Dans un milieu de travail syndiqué, les employés renoncent souvent à d'autres avantages contre un régime de retraite solide pour eux-mêmes et pour leur famille. Les employeurs se servent fréquemment des régimes de retraite pour attirer les employés les plus qualifiés et les inciter à rester à long terme. Dans ce contexte, il est important de faire appel à la souplesse du droit des fiducies dans l'appréciation de la légitimité des mesures prises par l'employeur à l'égard de la fiducie. Il ne suffit pas de se contenter d'examiner la régularité de l'administration par le fiduciaire de la fiducie pour déterminer si les droits des bénéficiaires ont fait l'objet d'une atteinte injustifiée. Les actes de l'employeur entrent aussi en jeu.

[190] La juge Newbury a reconnu le rôle particulier que joue l'employeur dans le cadre d'un régime de retraite dans *Buschau c. Rogers Cablesystems Inc.*, 2001 BCCA 16, 195 D.L.R. (4th) 257, par. 1 (inf. par 2006 CSC 28, [2006] 1 R.C.S. 973, mais non sur ce point) :

[TRADUCTION] Au Canada du moins, les fiducies et régimes de retraite prévoient habituellement que le constituant, ou l'employeur, jouera un rôle semblable à celui du fiduciaire dans une fiducie traditionnelle, même si une société de fiducie est nommée comme fiduciaire officiel. En fait, les employeurs conservent souvent le pouvoir de donner au fiduciaire des directives sur maints aspects de l'administration de la fiducie, et même de modifier la catégorie des bénéficiaires de la fiducie, d'apporter des changements aux prestations auxquelles ils auront droit et, parfois, de révoquer ou d'annuler la fiducie unilatéralement.

Le juge Lane est arrivé à une conclusion semblable dans *Aegon Canada Inc. c. ING Canada Inc.*

C.C.P.B. 1 (Ont. S.C.J.), at para. 38, aff'd (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.):

These cases illustrate the importance of the trust aspect of the pension scheme before me. It is not simply a payment scheme or other appurtenance to the pension, but an important legal relationship created by the employer with its employees, not subject to unilateral alteration.

[191] In this case, the law of trusts provides the appellants with an added layer of protection. The employer's attempt to use the DB surplus to fund its contribution obligations toward the DC plan not only breaches the "exclusive benefit" provisions, but also violates one of the hallmarks of trust law: the prohibition against the revocation of trust assets.

[192] In *Schmidt*, this Court ruled that an employer may not remove pension contributions held in trust unless a power of revocation was expressly included in the trust at the time of its inception. A general power of amendment does not amount to a power of revocation (pp. 643-46).

[193] The classic explanation of revocation comes from *Waters' Law of Trusts in Canada*:

A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so. This is a cardinal rule, and it involves two important concepts. The first is that the trust is a mode of disposition, and once the instrument of creation of the trust has taken effect . . . the settlor has alienated the property as much as if he had given it to the beneficiaries by an out-and-out gift. [p. 353]

Generally speaking, revocation consists in the settlor's exercising some control over the trust assets. Once assets have been placed in the trust fund, the settlor cannot interfere with them and cannot withdraw them for his or her own use without the express power to do so in the trust agreement. In *Schmidt*, Cory J. wrote:

Generally, however, the transfer of the trust property to the trustee is absolute. Any power of control of that

(2003), 34 C.C.P.B. 1 (C.S.J. Ont.), par. 38 (conf. (2003), 179 O.A.C. 196 (C.A.)) :

[TRADUCTION] Ces cas illustrent l'importance de la fiducie dans le régime de retraite à l'étude. Il ne s'agit pas simplement d'un régime de paiement ou d'un autre élément accessoire à la retraite, mais d'une relation juridique importante entre l'employeur et ses employés, qui ne peut être modifiée unilatéralement.

[191] En l'espèce, le droit des fiducies confère aux appelants une protection supplémentaire. En tentant d'utiliser l'excédent du régime PD pour financer ses cotisations obligatoires au régime CD, l'employeur viole non seulement les dispositions relatives au « bénéfice exclusif », mais aussi un des principes qui caractérisent le droit des fiducies : l'interdiction de révoquer la fiducie.

[192] Dans *Schmidt*, la Cour a conclu que l'employeur ne peut retirer les cotisations de retraite détenues en fiducie à moins qu'un pouvoir de révocation ne soit expressément prévu dans la fiducie au moment de sa création. Un pouvoir de modification général n'entraîne pas un pouvoir de révocation (p. 643-646).

[193] L'explication classique de la révocation provient de l'ouvrage *Waters' Law of Trusts in Canada* :

[TRADUCTION] Le constituant ne peut révoquer sa fiducie, sauf s'il s'est expressément réservé le pouvoir de le faire. Il s'agit d'une règle cardinale qui fait appel à deux concepts importants. Premièrement, la fiducie est un mode d'aliénation. Une fois que l'acte qui crée la fiducie a pris effet [. . .] le constituant aliène le bien tout autant que s'il l'avait remis aux bénéficiaires au moyen d'un don véritable. [p. 353]

En général, la révocation consiste dans l'exercice d'un certain contrôle sur l'actif de la fiducie par le constituant. Une fois les éléments d'actif déposés dans la caisse en fiducie, le constituant ne peut pas les modifier ni les retirer pour son propre usage, sauf si le pouvoir de le faire est expressément prévu dans la convention de fiducie. Dans *Schmidt*, le juge Cory a écrit :

En général, toutefois, le transfert des biens en fiducie au fiduciaire est absolu. Tout pouvoir de contrôler ces biens

property will be lost unless the transfer is expressly made subject to it. [p. 643]

[194] This principle extends not only to the corpus of the trust fund but also to any surplus in the fund, unless there is specific wording in the plan documentation that would oust the surplus from the trust's ambit (*Schmidt*, at pp. 641-42). Thus, once placed in the fund, *all* assets must be administered in accordance with the principles of trust law and should therefore be safe from the interference and control of the settlor.

[195] Within a classic DB plan, a contribution holiday would not result in an encroachment on the trust because no money need actually be withdrawn from the fund to enable the holiday (*Schmidt*, at p. 654). Trust principles do not attach to pension contributions until they are actually paid into the fund. In other words, the *failure* to put money in a fund does not generally amount to a breach of trust principles unless that contribution is required by the terms of the trust.

[196] Against this background, it is necessary to determine whether Kerry's contribution holidays in the DC plan from the DB surplus amounted to a partial revocation of the trust. I believe that it did.

[197] No power of revocation is contained in the Trust Agreement in this case. And yet, the contribution holidays in the DC plan were accomplished by means of a withdrawal of assets from the DB fund and a deposit of those assets into the DC members' accounts. The actual transfer of funds is necessary because Kerry is required by the terms of the Plan to make a regular contribution to the DC plan. Thus, the "holidays" still involve the deposit of funds into the account, but the source of the employer's contribution has changed: rather than coming from the employer's own pocket, the value of each contribution is withdrawn from the DB fund and placed in the members' annuity accounts. This shifting of funds is a clear example of the employer's exercising control over trust assets. It is not comparable to the employer's legitimate use of assets from the fund to cover reasonable and *bona fide* plan expenses. The

sera perdu, sauf si le transfert est expressément assujetti à ce pouvoir. [p. 643]

[194] Ce principe s'applique non seulement au capital de la caisse en fiducie, mais aussi à l'excédent, à moins que le texte même des documents relatifs au régime ne soustraie l'excédent à l'application de la fiducie (*Schmidt*, p. 641-642). Par conséquent, une fois dans la caisse, *tous* les éléments d'actifs doivent être administrés conformément aux principes du droit des fiducies et devraient donc être hors de la portée et du contrôle du constituant.

[195] Dans un régime PD classique, une suspension de cotisations n'entraînerait pas un empiétement sur la fiducie puisqu'il n'est pas nécessaire de retirer de l'argent de la caisse pour que la société puisse s'en prévaloir (*Schmidt*, p. 654). Les principes en matière de fiducie ne s'appliquent pas aux cotisations de retraite jusqu'à ce qu'elles soient versées dans la caisse. Autrement dit, l'*omission* de verser de l'argent dans une caisse ne constitue généralement pas une violation des principes du droit des fiducies à moins que le texte de fiducie n'exige le versement de cotisation.

[196] Dans ce contexte, il faut déterminer si, en utilisant l'excédent du régime PD pour suspendre ses cotisations, Kerry a partiellement révoqué la fiducie. Je crois que c'est le cas.

[197] La convention de fiducie en l'espèce ne prévoit aucun pouvoir de révocation. Or, il n'a été possible de suspendre les cotisations au régime CD qu'en retirant des éléments d'actif de la caisse du régime PD et en les déposant dans les comptes des participants CD. Le véritable transfert des fonds est nécessaire parce que, selon les modalités du régime, Kerry est tenue de cotiser régulièrement au régime CD. Les « suspensions » impliquent toujours le dépôt de fonds dans les comptes, mais la source des cotisations de l'employeur a changé : au lieu de provenir de la poche de l'employeur, la valeur de chaque cotisation est retirée du fonds du régime PD et déposée dans les comptes de rente viagère des participants. Cette décision d'employer un autre fonds représente un exemple évident du contrôle exercé par l'employeur sur l'actif fiduciaire. Ce n'est pas comparable à l'utilisation légitime de l'actif par

transfer of trust assets to enable a contribution holiday can hardly be described as necessary to ensure the integrity and proper maintenance of the plan.

[198] Nor is it comparable to the circumstances in *Sutherland*, where the court held that there was no impediment to the employer's contribution holidays in the DC part of the plan from the DB surplus because the employees were all members of the same plan and beneficiaries of the same trust (paras. 284-89). Recall that until 2001, the DB and DC assets were held in a single fund. The contribution holidays did not require the removal of assets from the fund and, therefore, did not constitute an encroachment on the trust. Even after the arrangement changed in 2001, such that the DC funds were invested separately by the trustee's agent, the court's finding that the contributions were effectively held in a single fund led to the conclusion that contribution holidays did not entail an encroachment on the trust (paras. 290-303). No withdrawal of assets from the trust fund was required to effect a contribution holiday, and hence no encroachment occurred. The employer simply refrained from making contributions to the fund. In this case, however, the DC contribution holidays required the removal of assets from the trust fund and the deposit of those assets in the DC members' annuity accounts. This is not a case of the employer's simply failing to contribute to the fund. Thus, the reasoning in *Sutherland* does not assist the respondents.

[199] Similarly, in *Police Retirees of Ontario Inc. v. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49, the Ontario Superior Court of Justice dismissed the retirees' argument that the employer's contribution holidays resulted in an encroachment on the trust. The employer had taken contribution holidays after additional funds that arose through a Supplementary Benefits Agreement were added to the pension fund. The court held that the establishment of the Supplementary Benefits

l'employeur pour couvrir les frais raisonnables et justes du régime. Le transfert de l'actif fiduciaire visant à permettre la suspension des cotisations peut difficilement être qualifié de nécessaire pour préserver l'intégrité et le bon fonctionnement du régime.

[198] La situation n'est pas non plus comparable aux circonstances de *Sutherland*, où la cour a conclu que rien n'empêchait l'employeur de suspendre ses cotisations au volet CD du régime en se servant de l'excédent du volet PD parce que les employés participaient tous au même régime et étaient tous bénéficiaires de la même fiducie (par. 284-289). Il faut se rappeler que, jusqu'en 2001, l'actif du régime PD et celui du régime CD étaient détenus dans un seul fonds. Les suspensions des cotisations n'exigeaient pas le retrait d'éléments d'actif de la caisse; par conséquent, elles ne constituaient pas un empiétement sur la fiducie. Même après la modification du régime en 2001, par suite de laquelle le mandataire du fiduciaire a investi séparément les fonds du régime CD, la constatation de la cour selon laquelle les cotisations étaient effectivement détenues dans un seul fonds a mené à la conclusion que les suspensions des cotisations n'entraînaient pas un empiétement sur la fiducie (par. 290-303). Il n'était pas nécessaire de retirer des éléments d'actif fiduciaire pour suspendre les cotisations; il n'y a donc eu aucun empiétement. L'employeur s'est simplement abstenu de verser des cotisations. Toutefois, en l'espèce, les suspensions des cotisations au régime CD dépendaient du retrait d'éléments d'actif fiduciaire et de leur dépôt dans les comptes à rente viagère des participants CD. Il ne s'agit pas d'une affaire où l'employeur n'a tout simplement pas cotisé à la caisse. Ainsi, le raisonnement adopté dans *Sutherland* n'aide pas les intimés.

[199] De même, dans *Police Retirees of Ontario Inc. c. Ontario Municipal Employees' Retirement Board* (1999), 22 C.C.P.B. 49, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté l'argument des retraités selon lequel les suspensions de cotisations dont se prévalait l'employeur constituaient un empiétement sur la fiducie. L'employeur avait eu recours à la suspension des cotisations après que d'autres fonds provenant d'une entente prévoyant des prestations supplémentaires avaient été ajoutés à la caisse

Agreement did not create a separate pension plan and that, as a result, the supplementary funds were part of the regular fund (paras. 61-70). Therefore, no money was actually paid out of the fund in order for the employer to take contribution holidays (para. 76). Again, this conclusion was premised on the finding that there was a single plan in existence, which meant that the Police Board could take contribution holidays by merely ceasing its contributions to the fund. The failure to pay into the fund did not amount to an encroachment on the trust assets. In the current appeal, every DC contribution holiday leaves the DB trust fund smaller than before, without any justification in law. This clearly constitutes an encroachment on and a revocation of the trust.

[200] It should be noted that I would reach the same conclusion *even if* the DC members could legitimately be designated as beneficiaries of the trust fund. The rationale in *Schmidt* for upholding an employer's right to take contribution holidays is limited to those situations in which no assets are withdrawn from the trust fund. In an ordinary DB plan, the employer is simply required to ensure that the assets in the fund are sufficient to meet its expected liabilities. If the plan documentation and legislation permit them, then contribution holidays can be taken for as long as the plan is in a state of actuarial surplus. Nothing in *Schmidt* suggests that an employer should be permitted to remove trust assets in the manner contemplated by Kerry, even if the ultimate recipients of those assets are among the trust beneficiaries. This would not only constitute an unlawful interference with the trust assets (revocation) but also would pit one group of beneficiaries against the other, with the ultimate reward falling to the employer.

[201] The principles of trust law are as relevant in the context of an ongoing pension trust as they are in the context of a terminated or wound-up plan impressed with a trust. In this case, the trust beneficiaries are protected by the specific language in the Plan documentation that prohibits the use of trust

de retraite. Selon la cour, cette entente n'avait pas créé un régime de retraite distinct et les fonds supplémentaires faisaient donc partie du fonds régulier (par. 61-70). Ainsi, aucune somme n'avait été prélevée sur la caisse pour permettre à l'employeur de suspendre ses cotisations (par. 76). Là encore, cette conclusion reposait sur la constatation qu'il n'y avait qu'un seul régime en vigueur, ce qui signifiait que la commission de police pouvait suspendre ses cotisations simplement en cessant de verser des cotisations à la caisse. Ne pas cotiser à la caisse n'équivaut pas à un empiétement sur l'actif fiduciaire. En l'espèce, chaque suspension des cotisations au régime CD entraîne une diminution de la caisse en fiducie PD, sans que ce soit justifié en droit. Cela constitue clairement un empiétement sur la fiducie ainsi qu'une révocation.

[200] J'ajouterais que ma conclusion ne changerait pas *même si* les participants CD pouvaient en toute légitimité être désignés comme bénéficiaires de la fiducie. Le raisonnement adopté dans *Schmidt* pour reconnaître le droit de l'employeur de suspendre ses cotisations se limite aux situations où l'on ne retire pas d'éléments d'actif de la caisse. Dans les régimes PD ordinaires, l'employeur doit simplement s'assurer que l'actif de la caisse est suffisant pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations prévues. Si les documents relatifs au régime et la loi le permettent, l'employeur peut suspendre ses cotisations tant que le régime présente un excédent actuariel. Rien dans *Schmidt* ne permet d'affirmer que l'employeur devrait être autorisé à retirer des éléments d'actif fiduciaire de la façon proposée par Kerry, même si ceux à qui ils sont destinés en fin de compte font partie des bénéficiaires de la fiducie. Non seulement se trouverait-on là devant un cas d'utilisation illégale de l'actif fiduciaire (révocation), mais deux groupes de bénéficiaires s'opposeraient l'un à l'autre et l'ultime avantage qui en découle reviendrait à l'employeur.

[201] Les principes du droit des fiducies restent aussi pertinents dans le contexte d'une fiducie de retraite en vigueur que dans celui d'un régime assujetti à une fiducie qui a pris fin ou qui a été liquidé. En l'espèce, les bénéficiaires de la fiducie sont protégés par le texte même des documents relatifs au

funds for other than their own benefit. Moreover, the law of trusts forbids the employer's attempts to control or withdraw irrevocable assets within the fund in order to take contribution holidays with respect to its obligations toward a different group of plan members.

F. *Conclusion*

[202] For the reasons above, I must disagree with my colleague's conclusion that the respondent Kerry was entitled to withdraw assets from the DB surplus and deposit them in the DC members' accounts. I believe that the amendments to the Plan purporting to authorize these payments are not permitted by the legislation and are in breach of the "exclusive benefit" provisions of the Plan documentation and the relevant principles of trust law. The Tribunal's conclusion that these defects could be cured by a retroactive designation of DC members as fund beneficiaries was unreasonable, and the Court of Appeal erred in upholding the Tribunal's conclusion on this point.

[203] I would thus allow the appeal in part, quash the Tribunal's decision on contribution holidays, and direct the Superintendent to refuse registration of the amendments that purport to permit the employer's use of fund surplus under Part 1 of the Plan to offset or eliminate its contribution obligations under Part 2 of the Plan.

[204] On the matter of costs, I do not need to take issue with my colleague's determination that costs could not be awarded from the fund in this case. Since I would allow the appeal in part, the appellants would be entitled to full costs throughout from the respondent Kerry.

Appeal dismissed with costs, LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellants: Koskie Minsky, Toronto.

régime qui interdit l'utilisation des caisses à d'autres fins que leur bénéfice exclusif. De plus, le droit des fiducies interdit à l'employeur de tenter de contrôler ou de retirer des éléments d'actif irrévocables de la caisse pour suspendre ses cotisations obligatoires à l'égard d'un autre groupe de participants au régime.

F. *Conclusion*

[202] Pour les motifs qui précèdent, je me dois d'exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue que l'intimée Kerry avait le droit de prélever sur l'excédent du régime PD des éléments d'actif pour les déposer dans les comptes des participants CD. J'estime que les modifications apportées au régime visant à autoriser ces paiements ne sont pas autorisées par la loi et contreviennent aux dispositions relatives au « bénéfice exclusif » qui figurent dans les documents du régime et aux principes pertinents du droit des fiducies. La conclusion du Tribunal qu'une désignation rétroactive des participants CD à titre de bénéficiaires de la fiducie permettrait de corriger les déficiences est déraisonnable, et la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la conclusion du Tribunal sur ce point.

[203] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler la décision du Tribunal sur les suspensions des cotisations et d'ordonner au surintendant de refuser l'enregistrement des modifications visant à permettre à l'employeur d'utiliser l'excédent de la caisse de la partie 1 du régime pour s'acquitter de son obligation de verser des cotisations à la partie 2 du régime ou pour les éliminer.

[204] Sur la question des dépens, je ne vois pas l'utilité de m'opposer à la conclusion de mon collègue selon laquelle les dépens ne pourraient pas être payés à même la caisse en l'espèce. Comme je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, les appelants ont droit à tous les dépens contre l'intimée Kerry devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LEBEL *et* FISH *sont dissidents en partie.*

Procureurs des appelants : Koskie Minsky, Toronto.

Solicitors for the respondent Kerry (Canada) Inc.: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitor for the respondent the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association of Canadian Pension Management: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intimée Kerry (Canada) Inc. : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureur de l'intimé le surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des administrateurs de régimes de retraite : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Bell Canada *Appellant*

v.

Bell Aliant Regional Communications, Limited Partnership, Consumers' Association of Canada, National Anti-Poverty Organization, Public Interest Advocacy Centre, MTS Allstream Inc., Société en commandite Télébec and TELUS Communications Inc. *Respondents*

and

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission *Intervener*

- and -

TELUS Communications Inc. *Appellant*

v.

Bell Canada, Arch Disability Law Centre, Bell Aliant Regional Communications, Limited Partnership, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Consumers' Association of Canada, National Anti-Poverty Organization, Public Interest Advocacy Centre, MTS Allstream Inc., Saskatchewan Telecommunications and Société en commandite Télébec *Respondents*

- and -

Consumers' Association of Canada and National Anti-Poverty Organization *Appellants*

v.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Bell Aliant Regional Communications, Limited

Bell Canada *Appelante*

c.

Bell Aliant Communications régionales, Société en commandite, Association des consommateurs du Canada, Organisation nationale anti-pauvreté, Centre pour la défense de l'intérêt public, MTS Allstream Inc., Société en commandite Télébec et TELUS Communications Inc. *Intimés*

et

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes *Intervenant*

- et -

TELUS Communications Inc. *Appelante*

c.

Bell Canada, Arch Disability Law Centre, Bell Aliant Communications régionales, Société en commandite, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Association des consommateurs du Canada, Organisation nationale anti-pauvreté, Centre pour la défense de l'intérêt public, MTS Allstream Inc., Saskatchewan Telecommunications et Société en commandite Télébec *Intimés*

- et -

Association des consommateurs du Canada et Organisation nationale anti-pauvreté *Appelantes*

c.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, Bell Aliant Communications régionales,

Partnership, Bell Canada, Arch Disability Law Centre, MTS Allstream Inc., TELUS Communications Inc. and TELUS Communications (Québec) Inc. *Respondents*

Société en commandite, Bell Canada, Arch Disability Law Centre, MTS Allstream Inc., TELUS Communications Inc. et TELUS Communications (Québec) Inc. *Intimés*

INDEXED AS: BELL CANADA *v.* BELL ALIANT REGIONAL COMMUNICATIONS

Neutral citation: 2009 SCC 40.

File Nos.: 32607, 32611.

2009: March 26; 2009: September 18.

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

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA *c.* BELL ALIANT COMMUNICATIONS RÉGIONALES

Référence neutre : 2009 CSC 40.

N[os] du greffe : 32607, 32611.

2009 : 26 mars; 2009 : 18 septembre.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Communications law — Telephone — Regulation of rates charged by telecommunications carriers — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering carriers to create deferral accounts — Accounts being collected from urban residential telephone service revenues to enhance competition — CRTC directing that accounts be disposed of to increase accessibility of telecommunications services for persons with disabilities and to expand broadband coverage — Remaining amounts, if any, being distributed to subscribers — Whether Telecommunications Act authorizes CRTC to direct disposition of deferral account funds as it did — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Standard of review applicable to CRTC's decision to direct disposition of deferral accounts — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47, 52(1).

In May 2002, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC"), in the exercise of its rate-setting authority, established a formula to regulate the maximum prices to be charged for certain services offered by incumbent local exchange carriers, including for residential telephone services in mainly urban non-high cost serving areas (the "Price Caps Decision"). Under the formula established by the Price Caps Decision, any increase in the price charged

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit des communications — Téléphone — Réglementation des tarifs exigés par les entreprises de télécommunication — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes intimant aux fournisseurs de créer des comptes de report — Comptes créés au moyen des revenus des services téléphoniques résidentiels en milieu urbain en vue d'encourager la concurrence — Ordonnance du CRTC intimant d'utiliser les comptes pour faciliter l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication et pour étendre le service à large bande — Distribution aux abonnés des éventuelles sommes restantes — La Loi sur les télécommunications autorise-t-elle le CRTC à ordonner comme il l'a fait l'utilisation des fonds se trouvant dans les comptes de report? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Norme de contrôle applicable à la décision du CRTC prescrivant l'utilisation des comptes de report — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47, 52(1).

En mai 2002, dans l'exercice de son pouvoir de tarification, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») a élaboré une formule pour réglementer les prix maximums exigés pour certains services offerts par des entreprises de services locaux titulaires, y compris pour les services téléphoniques résidentiels dans les zones de desserte — principalement urbaines — autres que celles à coût élevé (la « Décision sur le plafonnement des prix »). Selon la

for these services in a given year was limited to an inflationary cap, less a productivity offset to reflect the low degree of competition in that particular market. The CRTC ordered the carriers to establish deferral accounts as separate accounting entries in their ledgers to record funds representing the difference between the rates actually charged and those as otherwise determined by the formula. At the time, the CRTC did not direct how the deferral account funds were to be used.

In December 2003, Bell Canada sought approval from the CRTC to use the balance in its deferral account to expand high-speed broadband internet services in remote and rural communities. The CRTC invited submissions and conducted a public process to determine the appropriate disposition of the deferral accounts. In February 2006, it decided that each deferral account should be used to improve accessibility for individuals with disabilities and for broadband expansion. Any unexpended funds were to be distributed to certain current residential subscribers through a one-time credit or via prospective rate reductions. This was known as the "Deferral Accounts Decision".

Bell Canada appealed the order of one-time credits, while the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization appealed the direction that the funds be used for broadband expansion. The Federal Court of Appeal dismissed the appeals, finding that the Price Caps Decision regime always contemplated that the disposition of the deferral accounts would be subject to the CRTC's directions and that the CRTC was at all times acting within its mandate. TELUS Communications Inc. joined Bell Canada as an appellant in this Court.

Held: The appeals should be dismissed.

The CRTC's creation and use of the deferral accounts for broadband expansion and consumer credits was authorized by the provisions of the *Telecommunications Act* which lays out the basic legislative framework of the Canadian telecommunications industry. In particular, s. 7 of the Act sets out certain broad telecommunications policy objectives and s. 47(*a*) directs the CRTC to implement them when exercising its statutory authority, balancing the interests of consumers, carriers and competitors. A central responsibility of the CRTC is to determine and approve just and reasonable rates to be charged for telecommunications services. Pursuing

formule établie par la Décision sur le plafonnement des prix, toute hausse de prix de ces services pour une année donnée était limitée à un plafond lié à l'inflation, moins une compensation de la productivité visant à refléter le faible degré de concurrence dans ce marché particulier. Le CRTC a ordonné aux entreprises de créer dans leurs grands livres des comptes de report dont les fonds correspondent à la différence entre les tarifs réellement exigés et ceux autrement calculés selon la formule. À l'époque, il n'a pas précisé de quelle façon les fonds des comptes de report devraient être utilisés.

En décembre 2003, Bell Canada a demandé au CRTC la permission d'utiliser le solde de son compte de report pour étendre à des collectivités rurales et éloignées le service Internet haute vitesse à large bande. Le CRTC a sollicité, dans le cadre d'une instance publique, des propositions relatives à l'utilisation des comptes de report. En février 2006, le CRTC a décidé que les comptes de report devaient être utilisés pour améliorer l'accès des personnes handicapées aux services et pour étendre le service à large bande. Toute somme non dépensée devait être distribuée à certains abonnés actuels au moyen d'un crédit unique ou de réductions tarifaires futures. Cette décision est appelée la « Décision sur les comptes de report ».

Bell Canada a interjeté appel de l'ordonnance intimant le versement d'un crédit unique, alors que l'Association des consommateurs du Canada et l'Organisation nationale anti-pauvreté ont fait appel de la décision prescrivant l'utilisation des fonds aux fins d'expansion du service à large bande. La Cour d'appel fédérale a rejeté les appels. Elle a conclu, d'une part, que le régime institué par la Décision sur le plafonnement des prix a toujours envisagé que les fonds accumulés dans les comptes de report seraient utilisés de la manière que prescrirait le CRTC, et, d'autre part, que ce dernier avait à tout moment agi dans les limites de son mandat. TELUS Communications Inc. s'est jointe à Bell Canada, en tant qu'appelante, devant la Cour.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

La création et l'utilisation des comptes de report aux fins d'expansion du service à large bande et de versement de crédits aux consommateurs étaient autorisées par les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*, laquelle pose le cadre législatif de base de l'industrie des télécommunications au Canada. En particulier, l'art. 7 de la Loi énonce certains grands objectifs de la politique canadienne de télécommunication et l'al. 47*a*) de cette même loi enjoint au CRTC de veiller à leur réalisation lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés et concilie les intérêts des consommateurs, des entreprises et de leurs concurrents. Une responsabilité centrale

policy objectives through the exercise of its rate-setting power is precisely what s. 47 requires the CRTC to do in setting just and reasonable rates. [1] [28] [36]

The issues raised in these appeals go to the very heart of the CRTC's specialized expertise. The core of the quarrel in effect is with the methodology for setting rates and the allocation of certain proceeds derived from those rates, a polycentric exercise with which the CRTC is statutorily charged and which it is uniquely qualified to undertake. The standard of review is therefore reasonableness. [38]

In ordering subscriber credits and approving the use of funds for broadband expansion, the CRTC acted reasonably and in accordance with the policy objectives of the *Telecommunications Act*. In the Price Caps Decision, the CRTC indicated that the amounts in the deferral accounts would help achieve the CRTC's objectives. When the CRTC approved the rates derived from the Price Caps Decision, the portion of the revenues that went into the deferral accounts remained subject to the CRTC's further directions. The deferral accounts, and the fact that they were encumbered by the possibility of the CRTC's future directions, were therefore an integral part of the rate-setting exercise. The allocation of deferral account funds to consumers was neither a variation of a final rate nor, strictly speaking, a rebate. From the Price Caps Decision onwards, it was understood that the disposition of the deferral account funds might include an eventual credit to subscribers once the CRTC determined the appropriate allocation. [64-65] [77]

There was no inappropriate cross-subsidization between residential telephone services and broadband expansion. The *Telecommunications Act* contemplates a comprehensive national telecommunications framework. The policy objectives that the CRTC is always obliged to consider demonstrate that it need not limit itself to considering solely the service at issue in determining whether rates are just and reasonable. It properly treated the statutory objectives as guiding principles in the exercise of its rate-setting authority, and came to a reasonable conclusion. [73] [75] [77]

du CRTC consiste à déterminer et à approuver les tarifs justes et raisonnables des services de télécommunication. La poursuite par le CRTC des objectifs de la politique, au moyen de l'exercice de son pouvoir de tarification, constitue précisément ce que l'art. 47 lui demande de faire lorsqu'il fixe des tarifs justes et raisonnables. [1] [28] [36]

Les questions soulevées dans les présents pourvois ressortissent à l'essence même de l'expertise spécialisée du CRTC. Le nœud du litige concerne en fait la méthode d'établissement des tarifs et l'affectation de certains fonds provenant de ces tarifs, un exercice polycentrique que le législateur a confié au CRTC et pour lequel ce dernier possède une compétence particulière. La norme de contrôle est donc celle de la décision raisonnable. [38]

Lorsqu'il a ordonné l'attribution de crédits aux abonnés et lorsqu'il a approuvé l'utilisation des fonds pour l'expansion du service à large bande, le CRTC a agi de manière raisonnable et en conformité avec les objectifs de la politique de la *Loi sur les télécommunications*. Dans la Décision sur le plafonnement des prix, le CRTC a indiqué que les fonds des comptes de report contribueraient à la réalisation de ses objectifs. Lorsque le CRTC a approuvé les tarifs découlant de la Décision sur le plafonnement des prix, la partie des revenus qui avait été versée dans les comptes de report est demeurée assujettie aux prescriptions que pourraient formuler ultérieurement le CRTC. Les comptes de report, ainsi que la possibilité qu'ils fassent par la suite l'objet de prescriptions de la part du CRTC, faisaient donc partie intégrante de l'opération de fixation de tarifs. L'attribution de fonds des comptes de report aux consommateurs ne constituait ni une modification d'une ordonnance tarifaire définitive ni à proprement parler un rabais. Dès la Décision sur le plafonnement des prix, il était entendu que les fonds des comptes de report pourraient notamment être utilisés pour le versement d'un éventuel crédit aux abonnés une fois que le CRTC aurait déterminé l'affectation souhaitable. [64-65] [77]

Il n'y a pas eu interfinancement inapproprié entre les services téléphoniques résidentiels et l'expansion du service à large bande. La *Loi sur les télécommunications* envisage un cadre national global en matière de télécommunications. Les objectifs de la politique de télécommunication — dont le CRTC doit toujours tenir compte — montrent qu'il n'a pas à prendre en considération uniquement le service en cause pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables. Il a à juste titre considéré les objectifs inscrits dans la loi comme des principes directeurs régissant l'exercice de son pouvoir de tarification et il est arrivé à une conclusion raisonnable. [73] [75] [77]

Cases Cited

Referred to: Telecom Decision CRTC 2002-34, May 30, 2002; Telecom Decision CRTC 2005-69, December 16, 2005; Telecom Decision CRTC 2003-15, March 18, 2003; Telecom Decision CRTC 2003-18, March 18, 2003; Telecom Decision CRTC 2006-9, February 16, 2006; Telecom Decision CRTC 2008-1, January 17, 2008; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *Canadian National Railways Co. v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1939] 1 S.C.R. 308; Telecom Decision CRTC 97-9, May 1, 1997; Telecom Decision CRTC 94-19, September 16, 1994; *Edmonton (City) v. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 FCA 106, [2007] 4 F.C.R. 747, leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. vii; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; Telecom Decision CRTC 93-9, July 23, 1993; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *EPCOR Generation Inc. v. Energy and Utilities Board*, 2003 ABCA 374, 346 A.R. 281; *Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act* (1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60.

Statutes and Regulations Cited

Railway Act, R.S.C. 1985, c. R-3, s. 340(1).
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 24, 25(1), 27, 32(*g*), 35(1), 37(1), 42(1), 46.5(1), 47, 52(1).

Authors Cited

Ryan, Michael H. *Canadian Telecommunications Law and Regulation*. Scarborough: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2008, release 2).

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Noël and Sharlow JJ.A.), 2008 FCA 91, 375 N.R. 124, 80 Admin. L.R. (4th) 159, [2008] F.C.J. No. 397 (QL), 2008 CarswellNat 544, affirming a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, 2006 LNCRTCE 9 (QL), 2006 CarswellNat 6317. Appeals dismissed.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : Décision de télécom CRTC 2002-34, 30 mai 2002; Décision de télécom CRTC 2005-69, 16 décembre 2005; Décision de télécom CRTC 2003-15, 18 mars 2003; Décision de télécom CRTC 2003-18, 18 mars 2003; Décision de télécom CRTC 2006-9, 16 février 2006; Décision de télécom CRTC 2008-1, 17 janvier 2008; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *Canadian National Railways Co. c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1939] 1 R.C.S. 308; Décision de télécom CRTC 97-9, 1er mai 1997; Décision de télécom CRTC 94-19, 16 septembre 1994; *Edmonton (Ville) c. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 CAF 106, [2007] 4 R.C.F. 747, autorisation de pourvoi refusée, [2007] 3 R.C.S. vii; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; Décision de télécom CRTC 93-9, 23 juillet 1993; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *EPCOR Generation Inc. c. Energy and Utilities Board*, 2003 ABCA 374, 346 A.R. 281; *Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act* (1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60.

Lois et règlements cités

Loi sur les chemins de fer, L.R.C. 1985, ch. R-3, art. 340(1).
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 24, 25(1), 27, 32*g*), 35(1), 37(1), 42(1), 46.5(1), 47, 52(1).

Doctrine citée

Ryan, Michael H. *Canadian Telecommunications Law and Regulation*. Scarborough : Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2008, release 2).

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Noël et Sharlow), 2008 CAF 91, 375 N.R. 124, 80 Admin. L.R. (4th) 159, [2008] A.C.F. n^{o} 397 (QL), 2008 CarswellNat 2390, qui a confirmé une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, 2006 LNCRTCE 9 (QL), 2006 CarswellNat 6318. Pourvois rejetés.

Neil Finkelstein, Catherine Beagan Flood and *Rahat Godil*, for the appellant/respondent Bell Canada.

Michael H. Ryan, John E. Lowe, Stephen R. Schmidt and *Sonya A. Morgan*, for the appellant/respondent TELUS Communications Inc. and the respondent TELUS Communications (Québec) Inc.

Richard P. Stephenson, Danny Kastner and *Michael Janigan*, for the appellants/respondents the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization and the respondent the Public Interest Advocacy Centre.

Michael Koch and *Dina F. Graser*, for the respondent MTS Allstream Inc.

John B. Laskin and *Afshan Ali*, for the respondent/intervener the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission.

No one appeared for the respondents Société en commandite Télébec, Arch Disability Law Centre, Bell Aliant Regional Communications, Limited Partnership, and Saskatchewan Telecommunications.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — The *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, sets out certain broad telecommunications policy objectives. It directs the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ("CRTC") to implement them in the exercise of its statutory authority, balancing the interests of consumers, carriers and competitors in the context of the Canadian telecommunications industry. The issue in these appeals is whether this authority was properly exercised.

[2] While distinct questions arise in each of the appeals before us, the common problem is whether the CRTC, in the exercise of its rate-setting

Neil Finkelstein, Catherine Beagan Flood et *Rahat Godil*, pour l'appelante/intimée Bell Canada.

Michael H. Ryan, John E. Lowe, Stephen R. Schmidt et *Sonya A. Morgan*, pour l'appelante/intimée TELUS Communications Inc. et l'intimée TELUS Communications (Québec) Inc.

Richard P. Stephenson, Danny Kastner et *Michael Janigan*, pour les appelantes/intimées l'Association des consommateurs du Canada et l'Organisation nationale anti-pauvreté et l'intimé le Centre pour la défense de l'intérêt public.

Michael Koch et *Dina F. Graser*, pour l'intimée MTS Allstream Inc.

John B. Laskin et *Afshan Ali*, pour l'intimé/intervenant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

Personne n'a comparu pour les intimés la Société en commandite Télébec, Arch Disability Law Centre, Bell Aliant Communications régionales, Société en commandite, et Saskatchewan Telecommunications.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, énonce certains grands objectifs de la politique canadienne de télécommunication. Elle enjoint au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (« CRTC ») de veiller à leur réalisation dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, en conciliant les intérêts des consommateurs, des entreprises et de leurs concurrents dans le contexte de l'industrie canadienne des télécommunications. Les présents pourvois soulèvent la question de savoir si l'organisme a exercé ces pouvoirs d'une manière appropriée.

[2] Bien que chacun des pourvois dont nous sommes saisis soulève des questions distinctes, le problème commun est de savoir si le CRTC, dans

authority, appropriately directed the allocation of funds to various purposes. In the Bell Canada and TELUS Communications Inc. appeal, the challenged purpose is the distribution of funds to customers, while in the Consumers' Association of Canada and National Anti-Poverty Organization appeal, the impugned allocation was directed at the expansion of broadband infrastructure. For the reasons that follow, in my view the CRTC's allocations were reasonable based on the Canadian telecommunications policy objectives that it is obliged to consider in the exercise of all of its powers, including its authority to approve just and reasonable rates.

Background

[3] The CRTC issued its landmark "Price Caps Decision"[1] in May 2002. Exercising its rate-setting authority, the CRTC established a formula to regulate the maximum prices charged for certain services offered by incumbent local exchange carriers ("ILECs"), who are primarily well-established telecommunications carriers.

[4] As part of its decision, the CRTC ordered the affected carriers to create separate accounting entries in their ledgers. These were called "deferral accounts". The funds contained in these deferral accounts were derived from residential telephone service revenues in non-high cost serving areas ("non-HCSAs"), which are mainly urban. Under the formula established by the Price Caps Decision, any increase in the price charged for these services in a given year was limited to an inflationary cap, less a productivity offset to reflect the low degree of competition in that particular market.

[5] More specifically, the effect of the inflationary cap was to bar carriers from increasing their prices at a rate greater than inflation. The productivity

[1] Telecom Decision CRTC 2002-34, May 30, 2002 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2002/dt2002-34.htm).

l'exercice de son pouvoir de tarification, a ordonné d'une manière appropriée l'affectation de fonds à diverses fins. Dans le pourvoi de Bell Canada et de TELUS Communications Inc., c'est la distribution de fonds aux clients qui est contestée, alors que, dans celui de l'Association des consommateurs du Canada et de l'Organisation nationale anti-pauvreté, c'est l'affectation de fonds à l'expansion du service à large bande. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les affectations décidées par le CRTC étaient raisonnables au regard des objectifs de la politique canadienne de télécommunication que le CRTC doit prendre en considération dans l'exercice de tous ses pouvoirs, y compris l'approbation de tarifs justes et raisonnables.

Contexte

[3] Le CRTC a rendu sa décision-clé sur le plafonnement des prix[1] en mai 2002 (« Décision sur le plafonnement des prix »). Dans l'exercice de son pouvoir de tarification, le CRTC a élaboré une formule pour réglementer les prix maximums exigés pour certains services offerts par des entreprises de services locaux titulaires (« ESLT »), lesquelles sont principalement des entreprises de télécommunication bien établies.

[4] Dans le cadre de sa décision, le CRTC a ordonné aux entreprises visées de créer dans leurs grands livres des comptes distincts, appelés « comptes de report ». Les fonds de ces comptes de report provenaient des revenus tirés des services téléphoniques résidentiels dans les zones de desserte autres que celles à coût élevé (« les zones autres que les ZDCE »), qui sont principalement urbaines. Selon la formule établie par la Décision sur le plafonnement des prix, toute hausse de prix de ces services pour une année donnée était limitée à un plafond lié à l'inflation, moins une compensation de la productivité visant à refléter le faible degré de concurrence dans ce marché particulier.

[5] Plus précisément, le plafond lié à l'inflation avait pour effet d'empêcher les entreprises d'augmenter leurs prix selon un taux supérieur à l'inflation.

[1] Décision de télécom CRTC 2002-34, 30 mai 2002 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2002/dt2002-34.htm).

offset, on the other hand, put downward pressure on the rates to be charged. While market forces would normally serve to encourage carriers to reduce both their costs and their prices, the low level of competition in the non-HCSA market led the CRTC to conclude that an offsetting factor was necessary as a proxy for the effect of competition.

[6] Given the countervailing factors at work in the Price Caps Decision formula, there was the potential for a decrease in the price of residential services in these areas if inflation fell below a certain level. Rather than mandating such a decrease, however, the CRTC concluded that lower prices, and therefore the prospect of lower revenues, would constitute a barrier to the entry of new carriers into this particular telecommunications market. It therefore ordered that amounts representing the difference between the rates *actually* charged, not including the decrease mandated by the Price Caps Decision formula, and the rates as *otherwise determined* through the formula, were to be collected from subscribers and recorded in deferral accounts held by each carrier. These accounts were to be reviewed annually by the CRTC. The intent of the Price Caps Decision was, therefore, that prices for these services would remain at a level sufficient to encourage market entry, while at the same time maintaining the pressure on the incumbent carriers to reduce their costs.

[7] The principal objectives the CRTC intended the Price Caps Decision to achieve were the following:

a) to render reliable and affordable services of high quality, accessible to both urban and rural area customers;

b) to balance the interests of the three main stakeholders in telecommunications markets, i.e., customers, competitors and incumbent telephone companies;

c) to foster facilities-based competition in Canadian telecommunications markets;

La compensation de la productivité, quant à elle, créait une pression à la baisse sur les tarifs exigés. Les forces du marché inciteraient normalement les entreprises à réduire à la fois leurs coûts et leurs prix, mais le faible degré de concurrence dans le marché des zones autres que les ZDCE a amené le CRTC à conclure qu'il était nécessaire d'utiliser un facteur de compensation en remplacement de l'effet de la concurrence.

[6] Étant donné les facteurs compensateurs utilisés dans la formule imposée par la Décision sur le plafonnement des prix, il y avait une possibilité de voir baisser les tarifs des services résidentiels dans ces zones si l'inflation tombait en dessous d'un certain niveau. Le CRTC n'a cependant pas ordonné une telle baisse, estimant que des tarifs plus bas, et donc la perspective de revenus inférieurs, constitueraient un obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents sur ce marché des télécommunications en particulier. Par conséquent, il a ordonné que les sommes correspondant à la différence entre les tarifs *réellement* exigés, sans la baisse imposée par la formule établie dans la Décision sur le plafonnement des prix, et ceux *autrement calculés* selon la formule, soient perçues auprès des abonnés et comptabilisées dans des comptes de report établis par chaque entreprise. Ces comptes devaient faire l'objet d'un examen annuel par le CRTC. L'intention du CRTC, dans sa Décision sur le plafonnement des prix, était donc que les prix de ces services demeurent à un niveau suffisant pour favoriser l'entrée sur le marché tout en maintenant la pression sur les entreprises titulaires pour qu'elles réduisent leurs coûts.

[7] Voici les principaux objectifs poursuivis par le CRTC lorsqu'il a rendu la Décision sur le plafonnement des prix :

a) rendre des services fiables et abordables, de qualité et accessibles aux clients des zones urbaines et rurales;

b) concilier les intérêts des trois principaux intervenants dans les marchés des télécommunications, c.-à-d., les clients, les concurrents et les compagnies de téléphone titulaires;

c) encourager la concurrence fondée sur les installations dans les marchés canadiens des télécommunications;

d) to provide incumbents with incentives to increase efficiencies and to be more innovative; and

e) to adopt regulatory approaches that impose the minimum regulatory burden compatible with the achievement of the previous four objectives. [para. 99]

[8] The CRTC discussed the future use of the deferral account funds as follows:

The Commission anticipates that an adjustment to the deferral account would be made whenever the Commission approves rate reductions for residential local services that are proposed by the ILECs as a result of competitive pressures. The Commission also anticipates that the deferral account would be drawn down to mitigate rate increases for residential service that could result from the approval of exogenous factors or when inflation exceeds productivity. Other draw downs could occur, for example, through subscriber rebates or the funding of initiatives that would benefit residential customers in other ways. [Emphasis added; para. 412.]

At the time, it did not specifically direct how the deferral account funds were to be used, leaving the issue subject to further submissions. While some participants objected to the creation of the deferral accounts, no one appealed the Price Caps Decision (*Bell Canada v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, 2008 FCA 91, 80 Admin. L.R. (4th) 159, at para. 14).

[9] The Price Caps Decision was to apply to services offered by Bell Canada, TELUS, and other affected carriers for the four-year period from June 1, 2002 to May 31, 2006. In a decision in 2005, the CRTC extended this price regulation regime for another year to May 31, 2007.[2] The CRTC allowed some draw-downs of the deferral accounts following the Price Caps Decision that are not at issue in these appeals.

[2] Telecom Decision CRTC 2005-69, December 16, 2005 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2005/dt2005-69.htm).

d) inciter les titulaires à accroître les efficiences et à être plus innovatrices;

e) adopter des approches réglementaires qui imposent le fardeau réglementaire minimum compatible avec l'atteinte des quatre objectifs précédents. [par. 99]

[8] Le CRTC a fait les observations suivantes au sujet de l'utilisation future des fonds du compte de report :

Le Conseil prévoit qu'un rajustement du compte de report serait fait chaque fois qu'il approuverait des réductions tarifaires pour les services locaux de résidence qui sont proposées par les ESLT en raison de pressions concurrentielles. Le Conseil prévoit également que le compte de report serait utilisé pour atténuer les augmentations de tarifs des services de résidence qui pourraient faire suite à l'approbation de facteurs exogènes ou lorsque l'inflation excède la productivité. Cela pourrait aussi se faire par exemple au moyen de rabais aux abonnés ou par le financement d'initiatives à l'avantage des abonnés du service résidentiel d'autres façons. [Je souligne; par. 412.]

À l'époque, il n'a pas précisé de quelle façon les fonds des comptes de report devraient être utilisés, laissant la question en suspens. Certains participants s'opposaient à la création des comptes de report, mais aucun n'a interjeté appel de la Décision sur le plafonnement des prix (*Bell Canada c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, 2008 CAF 91, 80 Admin. L.R. (4th) 159 (p. 179), par. 14).

[9] La Décision sur le plafonnement des prix devait s'appliquer aux services offerts par Bell Canada, TELUS et d'autres entreprises pour la période de quatre ans allant du 1er juin 2002 au 31 mai 2006. Dans une décision rendue en 2005, le CRTC a prolongé d'un an l'application de ce régime de réglementation des prix, soit jusqu'au 31 mai 2007[2]. Le CRTC a autorisé quelques réductions des comptes de report après la Décision sur le plafonnement des prix, mais ces réductions ne sont pas en litige dans les présents pourvois.

[2] Décision de télécom CRTC 2005-69, 16 décembre 2005 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2005/dt2005-69.htm).

[10] In March 2003, in two separate decisions, the CRTC approved the rates for Bell Canada and TELUS.[3] In the Bell Canada decision, the CRTC appeared to contemplate the continued operation of the deferral accounts established in the Price Caps Decision. It ordered, for example, that certain tax savings be allocated to the deferral accounts:

> The Commission, in Decision 2002-34, established a deferral account in conjunction with the application of a basket constraint equal to the rate of inflation less a productivity offset to all revenues from residential services in non-HCSAs. The Commission considers that AT&T Canada's proposal to allocate the Ontario GRT and the Quebec TGE tax savings associated with all capped services to the price cap deferral account is inconsistent with that determination. The Commission finds that Bell Canada's proposal to include the Ontario GRT and Quebec TGE tax savings associated with the residential local services in non-HCSAs basket in the price cap deferral account is consistent with that determination. [Emphasis added; para. 32.]

[11] On December 2, 2003, Bell Canada sought the approval of the CRTC to use the balance in its deferral account to expand high-speed broadband internet service to remote and rural communities. In response, on March 24, 2004, the CRTC issued a public notice requesting submissions on the appropriate disposition of the deferral accounts.[4] Pursuant to this notice, the CRTC conducted a public process whereby proposals were invited for the disposition of the affected carriers' deferral accounts. The review was extensive and proposals were received from numerous parties.

[10] En mars 2003, dans deux décisions distinctes, le CRTC a approuvé les tarifs de Bell Canada et de TELUS[3]. Dans la décision portant sur Bell Canada, le CRTC a semblé envisager le maintien des comptes de report établis dans la Décision sur le plafonnement des prix. Il a ordonné, par exemple, que certaines économies de taxe soient attribuées aux comptes de report :

> Dans la décision 2002-34, le Conseil a établi un compte de report en même temps qu'il a appliqué à tous les revenus des services de résidence dans les zones autres que les ZDCE une restriction au niveau de l'ensemble égale au taux d'inflation moins une compensation de la productivité. Le Conseil estime que la proposition d'AT&T Canada visant à attribuer au compte de report des prix plafonds les économies provenant de la TRB de l'Ontario et de la taxe TGE du Québec associées à tous les services plafonnés n'est pas conforme à cette conclusion. Le Conseil conclut que la proposition de Bell Canada qui veut inclure dans le compte de report des prix plafonds les économies provenant de la TRB de l'Ontario et de la taxe TGE du Québec associées aux services locaux de résidence dans les zones autres que ZDCE est conforme à cette conclusion. [Je souligne; par. 32.]

[11] Le 2 décembre 2003, Bell Canada a demandé au CRTC la permission d'utiliser le solde de son compte de report pour étendre à des collectivités rurales et éloignées le service Internet haute vitesse à large bande. Le CRTC a répondu le 24 mars 2004 en sollicitant dans un avis public des propositions relatives à l'utilisation des comptes de report[4]. Conformément à cet avis, le CRTC a tenu une instance publique dans le cadre de laquelle il a sollicité des propositions relatives à l'utilisation des comptes de report des entreprises concernées. La question a fait l'objet d'un examen approfondi et des propositions ont été reçues de nombreuses parties.

---

[3] Telecom Decision CRTC 2003-15, March 18, 2003 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2003/dt2003-15.htm) and Telecom Decision CRTC 2003-18, March 18, 2003 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2003/dt2003-18.htm).

[4] Telecom Public Notice CRTC 2004-1.

[3] Décision de télécom CRTC 2003-15, 18 mars 2003 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2003/dt2003-15.htm) et Décision de télécom CRTC 2003-18, 18 mars 2003 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2003/dt2003-18.htm).

[4] Avis public de télécom CRTC 2004-1.

[12] This led to the release of the "Deferral Accounts Decision" on February 16, 2006.[5] In this decision, the CRTC directed how the funds in the deferral accounts were to be used. These directions form the foundation of these appeals.

[13] After considering the various policy objectives outlined in the applicable statute, the *Telecommunications Act*, and the purposes set out in the Price Caps Decision, the CRTC concluded that all funds in the deferral accounts should be targeted for disposal by a designated date in 2006:

> The attachment to this Decision provides preliminary estimates of the deferral account balances as of the end of the fourth year of the current price cap period in 2006. The Commission notes that the deferral account balances are expected to be very large for some ILECs. It also notes the concern that allowing funds to continue to accumulate in the accounts would create inefficiencies and uncertainties.
>
> . . .
>
> Accordingly, the Commission considers it appropriate not only to provide directions on the disposition of all the funds that will have accumulated in the ILECs' deferral accounts by the end of the fourth year of the price cap period in 2006, but also to provide directions to address amounts recurring beyond this period in order to prevent further accumulation of funds in the deferral accounts. The Commission will provide directions and guidelines for disposing of these amounts later in this Decision. [Emphasis added; paras. 58 and 60.]

[14] The CRTC further decided that the deferral accounts should be disbursed primarily for two purposes. As a priority, at least 5 percent of the accounts was to be used for improving accessibility to telecommunications services for individuals with disabilities. The other 95 percent was to be used for broadband expansion in rural and remote communities. Proposals were invited on how the deferral account funds should be applied. If the

[5] Telecom Decision CRTC 2006-9 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2006/dt2006-9.htm).

[12] Cela a mené à la publication de la « Décision sur les comptes de report » le 16 février 2006[5]. Dans cette décision, le CRTC a formulé des directives quant à l'utilisation des fonds des comptes de report. Ces directives constituent le fondement des présents pourvois.

[13] Après avoir examiné les divers objectifs inscrits dans la loi applicable, la *Loi sur les télécommunications*, ainsi que les objectifs énoncés dans la décision sur le plafonnement des prix, le CRTC a conclu qu'il fallait viser l'utilisation de la totalité des fonds des comptes de report au plus tard à une date déterminée en 2006 :

> L'annexe de la présente décision fournit des estimations préliminaires des soldes des comptes de report à la fin de la quatrième année de l'actuelle période de plafonnement des prix, en 2006. Le Conseil fait remarquer que les soldes sont censés être très élevés pour certaines ESLT. Il souligne également la crainte que des pratiques non efficientes et des incertitudes ne soient créées s'il permet aux ESLT de continuer à cumuler des fonds dans ces comptes.
>
> . . .
>
> Le Conseil estime donc qu'il est non seulement indiqué qu'il formule des directives quant à l'utilisation de tous les fonds cumulés dans les comptes de report des ESLT d'ici la fin de la quatrième année de la période de plafonnement des prix, soit en 2006, mais qu'il en fournisse aussi concernant l'utilisation des montants récurrents au-delà de cette période afin d'éviter que d'autres fonds ne s'accumulent dans les comptes de report. Plus loin dans la présente décision, le Conseil énoncera les directives et les lignes directrices concernant l'utilisation de ces montants. [Je souligne; par. 58 et 60.]

[14] Le CRTC a également décidé que les fonds des comptes de report devaient être utilisés principalement à deux fins. En priorité, au moins 5 pour 100 du solde des comptes devaient servir à faciliter l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication. Les 95 pour 100 restants devaient être utilisés pour étendre le service à large bande aux collectivités rurales et éloignées. Les entreprises ont été invitées à présenter des propositions

[5] Décision de télécom CRTC 2006-9 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2006/dt2006-9.htm).

proposal as approved was for less than the balance of its deferral account, an affected carrier was to distribute the remaining amount to consumers.

[15] In summary, therefore, the CRTC decided that the affected carriers should focus on broadband expansion and accessibility improvement. It also decided that if these two objectives could be fulfilled for an amount less than the full deferral account balances, credits to subscribers would be ordered out of the remainder. It should be noted that customers were not to be compensated in proportion to what they had paid through these credits because of the potential administrative complexity of identifying these individuals and quantifying their respective shares. Instead, the credits were to be provided to certain current subscribers. Prospective rate reductions could also be used to eliminate recurring amounts in the accounts.

[16] At the time, the balance in the deferral accounts established under the Price Caps Decision was considerable. Bell Canada's account was estimated to contain approximately $480.5 million, while the TELUS account was estimated at about $170 million.

[17] It is helpful to set out how the CRTC explained its decision on the allocation of the deferral account funds. Referencing the importance of telecommunications in connecting Canada's "vast geography and relatively dispersed population", it stressed that Canada had fallen behind in the adoption of broadband services (paras. 73-74). It contrasted the wide availability of broadband service in urban areas with the less developed network in rural and remote communities. Further, it noted that the objectives outlined in the Price Caps Decision and in the *Telecommunications Act* at s. 7(*b*) provided for improving the quality of telecommunications services in those communities, and that their social and economic development would be favoured by an expansion of the national broadband network. In

relatives à l'utilisation des fonds des comptes de report pour l'expansion du service à large bande. Si le coût de la proposition approuvée était inférieur au solde de son compte de report, l'entreprise visée devait remettre la somme excédentaire aux consommateurs.

[15] En résumé, le CRTC a donc décidé que les entreprises visées devaient concentrer leurs efforts sur l'extension du service à large bande et l'amélioration de l'accessibilité. Il a en outre décidé que, dans le cas où elles pourraient atteindre ces objectifs sans utiliser la totalité du solde du compte de report, les fonds restants serviraient au versement de crédits aux abonnés. Il convient de souligner que les clients ne devaient pas recevoir un crédit proportionnel à la somme qu'ils avaient payée, étant donné qu'il se serait sans doute avéré trop complexe sur le plan administratif de repérer ces clients et d'établir leurs quotes-parts respectives. Les crédits devaient plutôt être versés à certains abonnés actuels. Des réductions tarifaires futures pouvaient aussi servir à éliminer les montants récurrents dans les comptes.

[16] À l'époque, le solde des comptes de report établis conformément à la Décision sur le plafonnement des prix était considérable. Le compte de Bell Canada s'élevait, selon les estimations, à environ 480,5 millions de dollars, alors que celui de TELUS atteignait environ 170 millions de dollars.

[17] Il est utile d'indiquer de quelle façon le CRTC a expliqué sa décision sur l'affectation des fonds des comptes de report. Évoquant le caractère essentiel des télécommunications au Canada, pays au « vaste territoire » et à la « population relativement dispersée », le CRTC a insisté sur le retard pris par le Canada dans l'adoption des services à large bande (par. 73-74). Il a souligné le contraste entre la grande disponibilité de ces services dans les zones urbaines et le réseau moins étendu dans les collectivités rurales et éloignées. Il a ajouté que les objectifs énoncés dans la Décision sur le plafonnement des prix et à l'al. 7*b*) de la *Loi sur les télécommunications* comprenaient l'amélioration de la qualité des services de télécommunication dans ces collectivités et que l'expansion du réseau

its view, this initiative would also provide a helpful complement to the efforts of both levels of government to expand broadband coverage. It therefore concluded that broadband expansion was an appropriate use of a part of the deferral account funds (paras. 73-80).

[18] The CRTC also explained that while customer credits would be consistent with the objectives set out in s. 7 of the *Telecommunications Act* and with the Price Caps Decision, these disbursements should not be given priority because broadband expansion and accessibility services provided greater long-term benefits. Nevertheless, credits effectively balanced the interests of the "three main stakeholders in the telecommunications markets" (para. 115), namely customers, competitors and carriers. It concluded that credits did not contradict the purpose of the deferral accounts, and contrasted one-time credits with a reduction of rates. In its view, credits, unlike rate reductions, did not have a sustained negative impact on competition in these markets, which was the concern the deferral accounts were set up to address (paras. 112-16).

[19] A dissenting Commissioner expressed concerns over the disposition of the deferral account funds. In her view, the CRTC had no mandate to direct the expansion of broadband networks across the country. The CRTC's policy had generally been to ensure the provision of a basic level of service, not services like broadband, and she therefore considered the CRTC's reliance on the objectives of the *Telecommunications Act* to be inappropriate.

[20] On January 17, 2008, the CRTC issued another decision dealing with the carriers' proposals to use their deferral account balances for the purposes set

national à large bande favoriserait leur développement social et économique. À son avis, cette initiative apporterait en outre un complément utile aux efforts déployés par les deux paliers de gouvernement en vue d'étendre la couverture des services à large bande. Il a par conséquent conclu que l'expansion de ces services constituait une utilisation appropriée d'une partie des fonds des comptes de report (par. 73-80).

[18] Le CRTC a aussi expliqué que, si l'attribution de crédits aux clients était compatible avec les objectifs énoncés à l'art. 7 de la *Loi sur les télécommunications* et avec la Décision sur le plafonnement des prix, il ne fallait pas pour autant donner la priorité à ces déboursements, étant donné que l'expansion des services à large bande et les services favorisant l'accessibilité seraient plus profitables à long terme. Néanmoins, les crédits permettaient effectivement de concilier les intérêts des « trois principaux intervenants dans les marchés des télécommunications » (par. 115), à savoir les clients, les concurrents et les entreprises titulaires. Le CRTC a conclu que les crédits n'allaient pas à l'encontre de l'objectif des comptes de report et il a souligné la différence entre les crédits uniques et les réductions tarifaires. À son avis, les crédits, contrairement aux réductions tarifaires, n'avaient pas d'incidence négative continue sur la concurrence au sein de ces marchés, crainte à l'origine de la création des comptes de report (par. 112-116).

[19] Une conseillère dissidente a exprimé son désaccord au sujet de l'utilisation des fonds du compte de report. À son avis, le CRTC n'avait pas le mandat d'ordonner l'expansion des réseaux à large bande dans l'ensemble du pays. D'une manière générale, le CRTC avait eu pour politique de garantir la prestation d'un service de base, et non celle de services comme les services à large bande. La conseillère estimait par conséquent inapproprié pour le CRTC de se fonder sur les objectifs de la *Loi sur les télécommunications.*

[20] Le 17 janvier 2008, le CRTC a rendu une autre décision portant sur les propositions des entreprises titulaires quant à l'utilisation du solde de leur

out in the Deferral Accounts Decision.[6] Some carriers' plans were approved in part, with the result that only a portion of their deferral account balances was allocated to those projects. Consequently, the CRTC required them to submit, by March 25, 2008, a plan for crediting the balance in their deferral accounts to residential subscribers in non-HCSAs.

[21] Bell Canada, as well as the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization, appealed the CRTC's Deferral Accounts Decision to the Federal Court of Appeal. The Deferral Accounts Decision was stayed by Richard C.J. in the Federal Court of Appeal on January 25, 2008. The decision requiring further submissions on plans to distribute the deferral account balances was also stayed by Sharlow J.A. pending the filing of an application for leave to appeal to this Court on April 23, 2008. Both stay orders were extended by this Court on September 25, 2008. The stay orders do not apply to the funds allocated for the improvement of accessibility for individuals with disabilities.

[22] In a careful judgment by Sharlow J.A., the court unanimously dismissed the appeals (2008 FCA 91, 80 Admin. L.R. (4th) 159), concluding that the Price Caps Decision regime always contemplated the future disposition of the deferral account funds as the CRTC would direct, and that the CRTC acted within its broad mandate to pursue its regulatory objectives. For the reasons that follow, I agree with the conclusions reached by Sharlow J.A.

Analysis

[23] The parties have staked out diametrically opposite positions on how the balance of the deferral account funds should be allocated.

[6] Telecom Decision CRTC 2008-1 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/2008/dt2008-1.htm).

compte de report pour les fins mentionnées dans la Décision sur les comptes de report[6]. Certains plans ont été approuvés en partie seulement, si bien que seule une partie du solde du compte de report des entreprises en cause se trouvait affectée à ces projets. Le CRTC a donc ordonné à ces entreprises de lui présenter, au plus tard le 25 mars 2008, un plan de distribution du solde sous forme de crédits aux abonnés résidentiels des zones autres que les ZDCE.

[21] Bell Canada, de même que l'Association des consommateurs du Canada et l'Organisation nationale anti-pauvreté, ont interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale de la Décision sur les comptes de report rendue par le CRTC. Le 25 janvier 2008, le juge en chef Richard de la Cour d'appel fédérale a sursis à l'exécution de cette décision. Un sursis d'exécution a également été ordonné par la juge Sharlow de cette même cour, le 23 avril 2008, à l'égard de la décision exigeant la présentation d'observations complémentaires sur les plans de distribution du solde du compte de report, jusqu'au dépôt d'une demande d'autorisation d'appel devant notre Cour. Le 25 septembre 2008, la Cour a prorogé ces deux ordonnances de sursis, qui ne visent pas les fonds affectés à l'amélioration de l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication.

[22] Dans un jugement soigné rédigé par la juge Sharlow, la Cour d'appel fédérale a unanimement rejeté les appels : 2008 CAF 91, 80 Admin. L.R. (4th) 159 (p. 179). Elle a conclu que le régime institué par la Décision sur le plafonnement des prix a toujours envisagé l'utilisation future des fonds accumulés dans les comptes de report de la manière que prescrirait le CRTC, et que ce dernier a agi dans le cadre du mandat étendu dont il dispose pour la poursuite de ses objectifs de réglementation. Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec les conclusions de la juge Sharlow.

Analyse

[23] Les parties ont exposé des points de vue diamétralement opposés sur l'affectation du solde des comptes de report.

[6] Décision de télécom CRTC 2008-1 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/2008/dt2008-1.htm).

[24] Bell Canada argued that the CRTC had no statutory authority to order what it claimed amounted to retrospective "rebates" to consumers. In its view, the distributions ordered by the CRTC were in substance a variation of rates that had been declared final. TELUS joined Bell Canada in this Court, and argued that the CRTC's order for "rebates" constituted an unjust confiscation of property.

[25] In response, the CRTC contended that its broad mandate to set rates under the *Telecommunications Act* includes establishing and ordering the disposal of funds from deferral accounts. Because the deferral account funds had always been subject to the possibility of disbursement to customers, there was therefore no variation of a final rate or any impermissible confiscation.

[26] The Consumers' Association of Canada was the only party to oppose the allocation of 5 percent of the deferral account balances to improving accessibility, but abandoned this argument during the hearing before the Federal Court of Appeal. Together with the National Anti-Poverty Organization, it argued before this Court that the rest of the deferral account balances should be distributed to customers in full, and that the CRTC had no authority to allow the use of the funds for broadband expansion.

[27] These arguments bring us directly to the statutory scheme at issue.

[28] The *Telecommunications Act* lays out the basic legislative framework of the Canadian telecommunications industry. In addition to setting out numerous specific powers, the statute's guiding objectives are set out in s. 7. Pursuant to s. 47(*a*), the CRTC must consider these objectives in the exercise of *all* of its powers. These provisions state:

> **7.** It is hereby affirmed that telecommunications performs an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and that the Canadian telecommunications policy has as its objectives

[24] Pour Bell Canada, le CRTC n'était pas habilité par la loi à ordonner ce qui constituait selon elle des « rabais » rétroactifs aux consommateurs. À son avis, la distribution de fonds ordonnée par le CRTC était essentiellement une modification de tarifs qui avaient été déclarés définitifs. Devant notre Cour, TELUS a plaidé, à l'instar de Bell Canada, que l'ordonnance de « rabais » du CRTC constituait une confiscation injustifiée de biens.

[25] En réponse, le CRTC a fait valoir que le vaste mandat dont il dispose pour la fixation des tarifs en vertu de la *Loi sur les télécommunications* lui permet d'établir et d'ordonner de quelle façon seront utilisés les fonds des comptes de report. Comme les fonds de ces comptes ont toujours été susceptibles d'être remis aux clients, il n'y avait donc aucune modification d'un tarif définitif ni aucune confiscation illégitime.

[26] L'Association des consommateurs du Canada était la seule partie à contester l'affectation de 5 pour 100 du solde des comptes de report à l'amélioration de l'accessibilité, mais elle a abandonné cet argument pendant l'audience devant la Cour d'appel fédérale. Avec l'Organisation nationale anti-pauvreté, elle a soutenu devant notre Cour que le reste du solde des comptes devait être entièrement distribué aux clients et que le CRTC n'avait pas le pouvoir d'autoriser l'utilisation des fonds pour l'expansion du service à large bande.

[27] Ces arguments nous amènent directement au régime législatif en cause.

[28] La *Loi sur les télécommunications* pose le cadre législatif de base de l'industrie des télécommunications au Canada. En plus d'établir plusieurs pouvoirs spécifiques, la loi énonce à l'art. 7 quels sont les grands objectifs visés. Suivant l'al. 47*a*), le CRTC doit tenir compte de ces objectifs dans l'exercice de *tous* ses pouvoirs. Ces dispositions sont ainsi libellées :

> **7.** La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à :

(*a*) to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions;

(*b*) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

(*c*) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

(*d*) to promote the ownership and control of Canadian carriers by Canadians;

(*e*) to promote the use of Canadian transmission facilities for telecommunications within Canada and between Canada and points outside Canada;

(*f*) to foster increased reliance on market forces for the provision of telecommunications services and to ensure that regulation, where required, is efficient and effective;

(*g*) to stimulate research and development in Canada in the field of telecommunications and to encourage innovation in the provision of telecommunications services;

(*h*) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services; and

(*i*) to contribute to the protection of the privacy of persons.

. . .

47. The Commission shall exercise its powers and perform its duties under this Act and any special Act

(*a*) with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives and ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27;

The CRTC relied on these two provisions in arguing that it was required to take into account a broad spectrum of considerations in the exercise of its rate-setting powers, and that the Deferral Accounts Decision was simply an extension of this approach.

a) favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions;

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

d) promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens;

e) promouvoir l'utilisation d'installations de transmission canadiennes pour les télécommunications à l'intérieur du Canada et à destination ou en provenance de l'étranger;

f) favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services de télécommunication et assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire;

g) stimuler la recherche et le développement au Canada dans le domaine des télécommunications ainsi que l'innovation en ce qui touche la fourniture de services dans ce domaine;

h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication;

i) contribuer à la protection de la vie privée des personnes.

. . .

47. Le Conseil doit [. . .] exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la présente loi et toute loi spéciale de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication et à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27.

Le CRTC s'est fondé sur ces deux dispositions pour faire valoir qu'il devait tenir compte de toute une gamme de considérations dans l'exercice de ses pouvoirs de tarification et que la Décision sur les comptes de report n'était qu'un prolongement de cette approche.

[29] The *Telecommunications Act* grants the CRTC the general power to set and regulate rates for telecommunications services in Canada. All tariffs imposed by carriers, including rates for services, must be submitted to it for approval, and it may decide any matter with respect to rates in the telecommunications services industry, as the following provisions show:

24. The offering and provision of any telecommunications service by a Canadian carrier are subject to any conditions imposed by the Commission or included in a tariff approved by the Commission.

25. (1) No Canadian carrier shall provide a telecommunications service except in accordance with a tariff filed with and approved by the Commission that specifies the rate or the maximum or minimum rate, or both, to be charged for the service.

. . .

32. The Commission may, for the purposes of this Part,

. . .

(*g*) in the absence of any applicable provision in this Part, determine any matter and make any order relating to the rates, tariffs or telecommunications services of Canadian carriers.

[30] The guiding rule of rate-setting under the *Telecommunications Act* is that the rates be "just and reasonable", a longstanding regulatory principle. To determine whether rates meet this standard, the CRTC has a wide discretion which is protected by a privative clause:

27. (1) Every rate charged by a Canadian carrier for a telecommunications service shall be just and reasonable.

. . .

(3) The Commission may determine in any case, as a question of fact, whether a Canadian carrier has

[29] La *Loi sur les télécommunications* confère au CRTC le pouvoir de fixer et de réglementer, d'une manière générale, les tarifs des services de télécommunication au Canada. Tous les tarifs imposés par les entreprises, y compris les tarifs des services, doivent être soumis pour approbation au CRTC, qui peut statuer sur toute question concernant les tarifs dans l'industrie des services de télécommunication, comme le montrent les dispositions suivantes :

24. L'offre et la fourniture des services de télécommunication par l'entreprise canadienne sont assujetties aux conditions fixées par le Conseil ou contenues dans une tarification approuvée par celui-ci.

25. (1) L'entreprise canadienne doit fournir les services de télécommunication en conformité avec la tarification déposée auprès du Conseil et approuvée par celui-ci fixant — notamment sous forme de maximum, de minimum ou des deux — les tarifs à imposer ou à percevoir.

. . .

32. Le Conseil peut, pour l'application de la présente partie :

. . .

g) en l'absence de disposition applicable dans la présente partie, trancher toute question touchant les tarifs et tarifications des entreprises canadiennes ou les services de télécommunication qu'elles fournissent.

[30] Le principe directeur aux fins d'établissement des tarifs en vertu de la *Loi sur les télécommunications* est que ceux-ci doivent être « justes et raisonnables ». Il s'agit d'un principe établi depuis longtemps en matière de réglementation. Pour déterminer si les tarifs satisfont à cette norme, le CRTC jouit d'un large pouvoir discrétionnaire, protégé par une clause privative :

27. (1) Tous les tarifs doivent être justes et raisonnables.

. . .

(3) Le Conseil peut déterminer, comme question de fait, si l'entreprise canadienne s'est ou non conformée

complied with section 25, this section or section 29, or with any decision made under section 24, 25, 29, 34 or 40.

. . .

(5) In determining whether a rate is just and reasonable, the Commission may adopt any method or technique that it considers appropriate, whether based on a carrier's return on its rate base or otherwise.

. . .

52. (1) The Commission may, in exercising its powers and performing its duties under this Act or any special Act, determine any question of law or of fact, and its determination on a question of fact is binding and conclusive.

[31] In addition to the power under s. 27(5) to adopt "any method or technique that it considers appropriate" for determining whether a rate is just and reasonable, the CRTC also has the authority under s. 37(1) to order a carrier to adopt "any accounting method or system of accounts" in view of the proper administration of the *Telecommunications Act*. Section 37(1) states:

37. (1) The Commission may require a Canadian carrier

(*a*) to adopt any method of identifying the costs of providing telecommunications services and to adopt any accounting method or system of accounts for the purposes of the administration of this Act;

[32] The CRTC has other broad powers which, while not at issue in this case, nevertheless further demonstrate the comprehensive regulatory powers Parliament intended to grant. These include the ability to order a Canadian carrier to provide any service in certain circumstances (s. 35(1)); to require communications facilities to be provided or constructed (s. 42(1)); and to establish any sort of fund for the purpose of supporting access to basic telecommunications services (s. 46.5(1)).

[33] This statutory overview assists in dealing with the preliminary issue of the applicable standard of review. Although the Federal Court of Appeal

aux dispositions du présent article ou des articles 25 ou 29 ou à toute décision prise au titre des articles 24, 25, 29, 34 ou 40.

. . .

(5) Pour déterminer si les tarifs de l'entreprise canadienne sont justes et raisonnables, le Conseil peut utiliser la méthode ou la technique qu'il estime appropriée, qu'elle soit ou non fondée sur le taux de rendement par rapport à la base tarifaire de l'entreprise.

. . .

52. (1) Le Conseil connaît, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés au titre de la présente loi ou d'une loi spéciale, aussi bien des questions de droit que des questions de fait; ses décisions sur ces dernières sont obligatoires et définitives.

[31] Outre le pouvoir qui lui est conféré par le par. 27(5) d'utiliser « la méthode ou la technique qu'il estime appropriée » pour déterminer si un tarif est juste et raisonnable, le CRTC peut, en vertu du par. 37(1), imposer à une entreprise l'adoption de « méthodes ou systèmes comptables » en vue de la bonne application de la *Loi sur les télécommunications*. Cette disposition dit ce qui suit :

37. (1) Le Conseil peut [. . .] imposer à l'entreprise canadienne l'adoption d'un mode de calcul des coûts liés à ses services de télécommunication et de méthodes ou systèmes comptables relativement à l'application de la présente loi . . .

[32] Le CRTC possède d'autres pouvoirs étendus qui, s'ils ne sont pas en cause en l'espèce, confirment néanmoins l'ampleur des pouvoirs réglementaires que le législateur a voulu lui conférer. Il peut ainsi ordonner à une entreprise canadienne de fournir des services dans certaines circonstances (par. 35(1)); ordonner la fourniture ou la construction d'installations de télécommunication (par. 42(1)); établir un fonds pour soutenir l'accès à des services de télécommunication de base (par. 46.5(1)).

[33] Ce survol de la loi nous aide à trancher la question préliminaire de la norme de contrôle applicable. Bien que la Cour d'appel fédérale ait accepté

accepted the parties' position that the applicable standard of review was correctness, Sharlow J.A. acknowledged that the standard of review could be more deferential in light of this Court's decision in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paras. 98-100. This was an invitation, it seems to me, to clarify what the appropriate standard is.

[34] Bell Canada and TELUS concede that the CRTC had the authority to approve disbursements from the deferral accounts for initiatives to improve broadband expansion and accessibility to telecommunications services for persons with disabilities, and that they actually sought such approval. In their view, however, this authority did not extend to what they characterized as retrospective "rebates". Similarly, in the Consumers' appeal the crux of the complaint is with whether the CRTC could direct that the funds be disbursed in certain ways, not with whether it had the authority to direct how the funds ought to be spent generally.

[35] This means that for the Bell Canada and TELUS appeal, the dispute is over the CRTC's authority and discretion under the *Telecommunications Act* in connection with ordering credits to customers from the deferral accounts. In the Consumers' appeal, it is over its authority and discretion in ordering that funds from the deferral accounts be used for the expansion of broadband services.

[36] A central responsibility of the CRTC is to determine and approve just and reasonable rates to be charged for telecommunications services. Together with its rate-setting power, the CRTC has the ability to impose *any* condition on the provision of a service, adopt *any* method to determine whether a rate is just and reasonable and require a carrier to adopt *any* accounting method. It is

la position des parties selon laquelle la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte, la juge Sharlow a reconnu que la norme de contrôle pourrait faire davantage appel à la déférence à la lumière de la décision rendue par notre Cour dans *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 98-100. Il s'agissait, me semble-t-il, d'une invitation à clarifier la question de la norme applicable.

[34] Bell Canada et TELUS admettent que le CRTC avait le pouvoir d'approuver l'utilisation des fonds des comptes de report pour des initiatives visant l'expansion du service à large bande et l'amélioration de l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication, et qu'elles ont effectivement demandé une telle approbation. Mais selon elles, ce pouvoir ne s'étendait pas à la mesure qu'elles ont qualifiée de « rabais » rétroactifs. De même, dans le pourvoi formé par l'Association des consommateurs du Canada, le cœur de la plainte concerne la question de savoir si le CRTC pouvait ordonner que les fonds soient utilisés de certaines façons, et non sur celle de savoir s'il avait le pouvoir d'ordonner de quelle manière générale les fonds devaient être employés.

[35] Cela signifie que, dans le pourvoi de Bell Canada et de TELUS, le litige porte sur la question de savoir si les pouvoirs discrétionnaires conférés au CRTC par la *Loi sur les télécommunications* lui permettaient d'ordonner l'attribution de crédits aux consommateurs au moyen des comptes de report. Dans le pourvoi formé par l'Association des consommateurs du Canada, il porte sur son pouvoir discrétionnaire d'ordonner que les fonds des comptes de report soient utilisés pour l'expansion des services à large bande.

[36] Une responsabilité centrale du CRTC consiste à déterminer et à approuver les tarifs justes et raisonnables des services de télécommunication. En plus de son pouvoir de tarification, le CRTC peut assujettir la fourniture d'un service à *toutes* conditions, adopter *toute* méthode qu'il estime appropriée pour déterminer si un tarif est juste et raisonnable et imposer *toute* méthode comptable de son choix à

obliged to exercise all of its powers and duties with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives set out in s. 7.

[37] The CRTC's authority to establish the deferral accounts is found through a combined reading of ss. 27 and 37(1). The authority to establish these accounts necessarily includes the disposition of the funds they contain, a disposition which represents the final step in a process set in motion by the Price Caps Decision. It is self-evident that the CRTC has considerable expertise with respect to this type of question. This observation is reflected in its extensive statutory powers in this regard and in the strong privative clause in s. 52(1) protecting its determinations on questions of fact from appeal, including whether a carrier has adopted a just and reasonable rate.

[38] In my view, therefore, the issues raised in these appeals go to the very heart of the CRTC's specialized expertise. In the appeals before us, the core of the quarrel in effect is with the methodology for setting rates and the allocation of certain proceeds derived from those rates, a polycentric exercise with which the CRTC is statutorily charged and which it is uniquely qualified to undertake. This argues for a more deferential standard of review, which leads us to consider whether the CRTC was reasonable in directing how the funds from the deferral accounts were to be used. (See *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25; and *VIA Rail Canada*, at paras. 88-100.)

[39] This brings us to the nature of the CRTC's rate-setting power in the context of this case. The predecessor statute for telecommunications rate-setting, the *Railway Act*, R.S.C. 1985, c. R-3, also stipulated that rates be "just and reasonable" (s. 340(1)). Traditionally, those rates were based on a balancing between a fair rate for the consumer and

une entreprise. Il doit exercer tous ses pouvoirs et fonctions de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7.

[37] La lecture conjuguée de l'art. 27 et du par. 37(1) permet de conclure à l'existence du pouvoir du CRTC d'établir les comptes de report. Ce pouvoir s'étend nécessairement à l'utilisation des fonds de ces comptes, utilisation qui constitue la dernière étape du processus mis en branle par la Décision sur le plafonnement des prix. Le CRTC possède de toute évidence une expertise considérable sur ce type de question. En témoignent les pouvoirs étendus qui lui sont conférés à cet égard par le législateur ainsi que la solide clause privative du par. 52(1), selon laquelle ses décisions sur des questions de fait — dont celle de savoir si une entreprise a adopté un tarif juste et raisonnable — ne peuvent faire l'objet d'un appel.

[38] À mon avis, les questions soulevées dans les présents pourvois ressortissent donc à l'essence même de l'expertise spécialisée du CRTC. Le fond du différend concerne en fait la méthode d'établissement des tarifs et l'affectation de certains fonds provenant de ces tarifs, un exercice polycentrique que le législateur a confié au CRTC et pour lequel ce dernier possède une compétence particulière. Ces constatations militent en faveur de l'application d'une norme de contrôle faisant davantage appel à la déférence. La question à laquelle il nous faut répondre est alors celle de savoir si le CRTC a agi raisonnablement lorsqu'il a indiqué de quelle façon devaient être utilisés les fonds des comptes de report. (Voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25; et *VIA Rail Canada*, par. 88-100.)

[39] Cela nous amène à la nature du pouvoir de tarification du CRTC dans le contexte de la présente affaire. Le texte qui régissait auparavant la tarification des télécommunications, soit la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. 1985, ch. R-3, précisait lui aussi que les tarifs devaient être « justes et raisonnables » (par. 340(1)). Auparavant, ces tarifs étaient

a fair return on the carrier's investment. (See, e.g., *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93, and *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 65.)

[40] Even before the expansive language now found in the *Telecommunications Act*, regulatory agencies had enjoyed considerable discretion in determining the factors to be considered and the methodology that could be adopted for assessing whether rates were just and reasonable. For instance, in dismissing a leave application in *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (S.C.C.), Taschereau J. wrote:

> [I]f the Board is bound to grant a relief which is just to the public and secures to the railways a fair return, it is not bound to accept for the determination of the rates to be charged, the sole method proposed by the applicant. The obligation to act is a question of law, but the choice of the method to be adopted is a question of discretion with which, under the statute, no Court of law may interfere. [Emphasis added; p. 13.]

In making this determination, he relied on Duff C.J.'s judgment in *Canadian National Railways Co. v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1939] S.C.R. 308, for the following proposition in the particular statutory context of that case:

> The law dictates neither the order to be made in a given case nor the considerations by which the Board is to be guided in arriving at the conclusion that an order, or what order, is necessary or proper in a given case. True, it is the duty of all public bodies and others invested with statutory powers to act reasonably in the execution of them, but the policy of the statue [*sic*] is that, subject to the appeal to the Governor in Council under section 52, in exercising an administrative discretion entrusted to it, the Board itself is to be the final arbiter as to the order to be made. [p. 315]

établis de façon à assurer un tarif équitable pour le consommateur et un rendement équitable sur l'investissement de l'entreprise. (Voir, par exemple, *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193, et *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 65.)

[40] Même avant les formulations larges figurant maintenant dans la *Loi sur les télécommunications*, les organismes de réglementation disposaient d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour déterminer les facteurs à prendre en compte et la méthode qu'ils pouvaient adopter pour décider si les tarifs étaient justes et raisonnables. Par exemple, en rejetant une demande d'autorisation dans *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), le juge Taschereau a écrit ce qui suit :

> [TRADUCTION] [S]i la Commission est tenue d'accorder une demande qui est juste pour le public et qui assure aux chemins de fer un rendement équitable, elle n'est pas tenue d'accepter, pour la détermination des tarifs qui seront exigés, la seule méthode proposée par la demanderesse. L'obligation d'agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à l'égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir. [Je souligne; p. 13.]

Pour arriver à cette conclusion, il s'est appuyé sur le jugement rendu par le juge en chef Duff dans *Canadian National Railways Co. c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1939] R.C.S. 308, et sur la proposition suivante faite dans le contexte législatif particulier de cette affaire :

> [TRADUCTION] La loi ne prescrit ni l'ordonnance qui doit être rendue dans une affaire donnée ni les considérations sur lesquelles doit se guider la Commission pour arriver à la conclusion qu'une ordonnance, ou que telle ordonnance particulière, est nécessairement indiquée dans une affaire donnée. Certes, il incombe à tous les organismes publics et autres organismes investis de pouvoirs conférés par la loi d'agir raisonnablement dans l'exercice de ces pouvoirs; mais selon le texte législatif, la Commission est, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif qui lui est conféré, l'arbitre ultime quant à l'ordonnance qui doit être rendue, sous réserve de l'appel devant le gouverneur en conseil prévu par l'art. 52. [p. 315]

(See also Michael H. Ryan, *Canadian Telecommunications Law and Regulation* (loose-leaf), at §612.)

[41] The CRTC's already broad discretion in determining whether rates are just and reasonable has been further enhanced by the inclusion of s. 27(5) in the *Telecommunications Act* permitting the CRTC to adopt "any method", language which was absent from the *Railway Act*.

[42] Even more significantly, the *Railway Act* contained nothing analogous to the statutory direction under s. 47 that the CRTC must exercise its rate-setting powers with a view to implementing the Canadian telecommunications objectives set out in s. 7. These statutory additions are significant. Coupled with its rate-setting power, and its ability to use any method for arriving at a just and reasonable rate, these provisions contradict the restrictive interpretation of the CRTC's authority proposed by various parties in these appeals.

[43] This was highlighted by Sharlow J.A. when she stated:

> Because of the combined operation of section 47 and section 7 of the *Telecommunications Act* . . ., the CRTC's rating jurisdiction is not limited to considerations that have traditionally been considered relevant to ensuring a fair price for consumers and a fair rate of return to the provider of telecommunication services. Section 47 of the *Telecommunications Act* expressly requires the CRTC to consider, as well, the policy objectives listed in section 7 of the *Telecommunications Act*. What that means, in my view, is that in rating decisions under the *Telecommunications Act*, the CRTC is entitled to consider any or all of the policy objectives listed in section 7. [para. 35]

[44] It is true that the CRTC had previously used a "rate base rate of return" method, based on a combination of a rate of return for investors in telecommunications carriers and a rate base calculated using the carriers' assets. This resulted in

(Voir aussi Michael H. Ryan, *Canadian Telecommunications Law and Regulation* (feuilles mobiles), §612.)

[41] Le large pouvoir discrétionnaire dont le CRTC disposait déjà pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables a été encore élargi par l'insertion du par. 27(5) dans la *Loi sur les télécommunications*, lequel lui permet d'utiliser « la méthode ou la technique qu'il estime appropriée », une formulation absente de la *Loi sur les chemins de fer*.

[42] Plus significatif encore, la *Loi sur les chemins de fer* ne contenait aucune disposition analogue à celle de l'art. 47, qui enjoint au CRTC d'exercer son pouvoir de tarification de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7. Ces ajouts législatifs sont importants. Conjuguées au pouvoir de tarification du CRTC et à sa faculté d'utiliser la méthode de son choix pour arriver à un tarif juste et raisonnable, les dispositions en question contredisent l'interprétation restrictive des pouvoirs de l'organisme proposée par diverses parties dans les présents pourvois.

[43] La juge d'appel Sharlow a mis en relief cet argument dans le passage suivant de ses motifs :

> Étant donné l'application conjointe des articles 47 et 7 de la *Loi sur les télécommunications* [. . .], la compétence de tarification du CRTC ne se limite pas à la prise en compte des facteurs traditionnellement considérés comme pertinents pour assurer un prix équitable aux consommateurs et un rendement équitable aux fournisseurs de services de télécommunication. L'article 47 de la *Loi sur les télécommunications* prescrit expressément au CRTC de prendre en considération, entre autres, les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énumérés à l'article 7 de la même loi. Il s'ensuit à mon avis que le CRTC a le droit, aux fins des décisions de tarification qu'il rend sous le régime de la *Loi sur les télécommunications*, de prendre en considération tous les objectifs de ladite politique énoncés à l'article 7. [par. 35]

[44] Il est vrai que le CRTC avait précédemment utilisé une méthode « base tarifaire/taux de rendement », fondée à la fois sur un taux de rendement pour les investisseurs dans les entreprises de télécommunication et une base tarifaire calculée en

rates charged for the carrier's services that would, on the one hand, provide a fair return for the capital invested in the carrier, and, on the other, be fair to the customers of the carrier.

[45] However, these expansive provisions mean that the rate base rate of return approach is not necessarily the only basis for setting a just and reasonable rate. Furthermore, based on ss. 7, 27(5) and 47, the CRTC is not required to confine itself to balancing only the interests of subscribers and carriers with respect to a particular service. In the Price Caps Decision, for example, the CRTC chose to focus on maximum prices for services, rather than on the rate base rate of return approach. It did so, in part, to foster competition in certain markets, a goal untethered to the direct relationship between the carrier and subscriber in the traditional rate base rate of return approach. A similar pricing approach was adopted by the CRTC in a decision preceding the Price Caps Decision.[7]

[46] The CRTC has interpreted these provisions broadly and identified them as responsive to the evolved industry context in which it operates. In its "Review of Regulatory Framework" decision,[8] it wrote:

The Act . . . provides the tools necessary to allow the Commission to alter the traditional manner in which it regulates (i.e., to depart from rate base rate of return regulation).

. . .

In brief, telecommunications today transcends traditional boundaries and simple definition. It is an industry, a market and a means of doing business that

fonction des actifs des entreprises. Par conséquent, les tarifs exigés pour les services des entreprises, procuraient un rendement équitable sur le capital investi d'une part, et ils étaient justes pour les consommateurs d'autre part.

[45] Toutefois, ces dispositions de portée plus large signifient que l'approche base tarifaire/taux de rendement n'est pas nécessairement la seule façon de fixer un tarif juste et raisonnable. De plus, il ressort des art. 7 et 47 et du par. 27(5) que le CRTC n'est pas tenu de se limiter à la conciliation des intérêts des abonnés et des entreprises à l'égard d'un service donné. Dans la Décision sur le plafonnement des prix, par exemple, le CRTC a choisi de mettre l'accent sur le prix maximum des services plutôt que sur l'approche base tarifaire/taux de rendement. Il l'a fait, en partie, pour favoriser la concurrence au sein de certains marchés, un objectif sans aucun rapport avec la relation entre l'entreprise et l'abonné dans l'approche traditionnelle base tarifaire/taux de rendement. Le CRTC a emprunté une approche similaire fondée sur l'établissement de prix plafonds dans une décision antérieure à la Décision sur le plafonnement des prix[7].

[46] Le CRTC a interprété ces dispositions de manière libérale, considérant qu'elles répondaient au contexte d'une industrie évoluée, dans lequel il s'acquitte de sa mission. Dans sa décision intitulée « Examen du cadre de réglementation »[8], il a écrit ce qui suit :

La Loi prévoit . . . les moyens par lesquels le Conseil peut modifier la méthode de réglementation traditionnelle (c.-à-d. mettre fin à la réglementation base tarifaire/taux de rendement).

. . .

Bref, les télécommunications d'aujourd'hui transcendent les frontières traditionnelles et les définitions simples. Elles forment une industrie, un marché et un moyen

[7] Telecom Decision CRTC 97-9, May 1, 1997 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/1997/DT97-9.htm).

[8] Telecom Decision CRTC 94-19, September 16, 1994 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/1994/DT94-19.htm).

[7] Décision de télécom CRTC 97-9, 1er mai 1997 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/1997/dt97-9.htm).

[8] Décision de télécom CRTC 94-19, 16 septembre 1994 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/1994/DT94-19.htm).

encompasses a constantly evolving range of voice, data and video products and services. . . .

In this context, the Commission notes that the Act contemplates the evolution of basic service by setting out as an objective the provision of reliable and affordable telecommunications, rather than merely affordable telephone service. [Emphasis added; pp. 6 and 10.]

[47] In *Edmonton (City) v. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 FCA 106, [2007] 4 F.C.R. 747, leave to appeal refused, [2007] 3 S.C.R. vii, the Federal Court of Appeal drew similar conclusions, observing that the *Telecommunications Act* should be interpreted by reference to the policy objectives, and that s. 7 justified in part the view that the "Act should be interpreted as creating a comprehensive regulatory scheme" (para. 46). A duty to take a more comprehensive approach was also noted by Ryan, who observed:

Because of the importance of the telecommunications industry to the country as a whole, rate-making issues may sometimes assume a dimension that gives them a significance that extends beyond the immediate interests of the carrier, its shareholders and its customers, and engages the interests of the public at large. It is also part of the duty of the regulator to take these more far-reaching interests into account. [§604]

[48] This leads inevitably, it seems to me, to the conclusion that the CRTC may set rates that are just and reasonable for the purposes of the *Telecommunications Act* through a diverse range of methods, taking into account a variety of different constituencies and interests referred to in s. 7, not simply those it had previously considered when it was operating under the more restrictive provisions of the *Railway Act*. This observation will also be apposite later in these reasons when the question of "final rates" is discussed in connection with the Bell Canada appeal.

[49] I see nothing in this conclusion which contradicts the ratio in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476. In that case, the issue was

de faire des affaires qui englobent une gamme toujours grandissante de services et de produits vocaux, données et vidéo. . .

Dans ce contexte, le Conseil fait observer que la Loi prévoit l'évolution du service de base en établissant, à titre d'objectif, la fourniture de services de télécommunications fiables et abordables, et non pas simplement un service téléphonique abordable. [Je souligne; p. 7 et 11.]

[47] Dans *Edmonton (Ville) c. 360Networks Canada Ltd.*, 2007 CAF 106, [2007] 4 R.C.F. 747, autorisation de pourvoi refusée, [2007] 3 R.C.S. vii, la Cour d'appel fédérale a tiré des conclusions semblables, faisant observer que la *Loi sur les télécommunications* devait être interprétée en fonction des objectifs de la politique et que l'art. 7 justifiait en partie le point de vue selon lequel « il convient d'interpréter la Loi comme établissant un cadre réglementaire complet » (par. 46). L'auteur Michael H. Ryan a lui aussi conclu à l'obligation d'adopter une approche plus globale :

[TRADUCTION] Vu l'importance de l'industrie des télécommunications pour l'ensemble du pays, les questions de tarification peuvent parfois prendre une dimension qui leur donne une importance débordant les intérêts immédiats de l'entreprise, de ses actionnaires et de ses clients, et où entrent en jeu les intérêts du public en général. L'organisme de réglementation a aussi l'obligation de prendre en considération ces intérêts de caractère plus général. [§604]

[48] Cela conduit inévitablement, me semble-t-il, à la conclusion que le CRTC peut fixer des tarifs justes et raisonnables pour l'application de la *Loi sur les télécommunications* au moyen de toute une gamme de méthodes, en prenant en considération la diversité des parties prenantes et intérêts mentionnés à l'art. 7, et non seulement ceux qu'il prenait en considération quand il s'acquittait de sa mission en vertu des dispositions plus restrictives de la *Loi sur les chemins de fer*. Cette observation sera également pertinente plus loin dans les présents motifs, lorsque la question des « tarifs définitifs » sera examinée dans le cadre du pourvoi de Bell Canada.

[49] Je ne vois rien dans cette conclusion qui contredise le raisonnement sur lequel repose *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476. Dans

whether the CRTC could make an order granting cable companies access to certain utilities' power poles. In that decision, the CRTC had relied on the Canadian telecommunications policy objectives to inform its interpretation of the relevant provisions. In deciding that the language of the *Telecommunications Act* did not give the CRTC the power to grant access to the power poles, Gonthier J. for the majority concluded that the CRTC had inappropriately interpreted the Canadian telecommunications policy objectives in s. 7 as power-conferring (para. 42).

[50] The circumstances of *Barrie Public Utilities* are entirely distinct from those at issue before us. Here, we are dealing with the CRTC setting rates that were required to be just and reasonable, an authority fully supported by unambiguous statutory language. In so doing, the CRTC was exercising a broad authority, which, according to s. 47, it was required to do "with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives". The policy considerations in s. 7 were factors that the CRTC was required to, and did, take into account.

[51] Nor does this Court's decision in *ATCO* preclude the pursuit of public interest objectives through rate-setting. In that case, Bastarache J. for the majority, took a strict approach to the Alberta Energy and Utilities Board's powers under the applicable statute. The issue was whether the Board had the authority to order the distribution of proceeds by a regulated company to its subscribers from an asset sale it had approved. It was argued that because the Board had the authority to make "further orders" and impose conditions "in the public interest" on any order, it therefore had the ability to order the disposition of the sale proceeds.

cet arrêt, la question était de savoir si le CRTC pouvait rendre une ordonnance pour donner à des câblodistributeurs l'accès aux poteaux électriques de certaines entreprises d'électricité. Dans cette décision, le CRTC s'était fondé sur les objectifs de la politique canadienne de télécommunication pour interpréter les dispositions pertinentes. En décidant que les dispositions de la *Loi sur les télécommunications* ne conféraient pas au CRTC le pouvoir de donner l'accès aux poteaux électriques, le juge Gonthier, qui s'exprimait pour la majorité, a conclu que le CRTC avait mal interprété les objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7 en concluant qu'ils conféraient des pouvoirs (par. 42).

[50] Les circonstances de *Barrie Public Utilities* sont complètement différentes de celles dont nous sommes saisis. Ce qui est en cause, en l'espèce, c'est l'établissement par le CRTC de tarifs qui devaient être justes et raisonnables, dans l'exercice d'un pouvoir qui s'appuie incontestablement sur des dispositions législatives non équivoques. Le CRTC se trouvait ainsi à exercer un large pouvoir, pouvoir qu'il devait exercer, selon l'art. 47, « de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication ». Les considérations de politique générale énoncées à l'art. 7 étaient des facteurs dont le CRTC était obligé de tenir compte — ce qu'il a fait.

[51] L'arrêt *ATCO* de notre Cour n'empêche pas non plus la réalisation, par la fixation de tarifs, d'objectifs relevant de l'intérêt public. Dans cet arrêt, le juge Bastarache, se prononçant pour la majorité, a considéré de façon restrictive les pouvoirs conférés à l'Alberta Energy and Utilities Board par la loi applicable. Il fallait décider si l'organisme avait le pouvoir d'attribuer aux abonnés le produit de la vente des biens d'une entreprise réglementée qu'il avait approuvée. On avait soutenu que, comme l'organisme possédait le pouvoir de rendre « toute autre ordonnance » et d'assortir une ordonnance de conditions nécessaires « dans l'intérêt public », il était par conséquent habilité à ordonner l'attribution du produit de la vente.

[52] In holding that the Board had no such authority, Bastarache J. relied in part on the conclusion that the Board's statutory power to make orders or impose conditions in the public interest was insufficiently precise to grant the ability to distribute sale proceeds to ratepayers (para. 46). The ability of the Board to approve an asset sale, and its authority to make any order it wished in the public interest, were necessarily limited by the context of the relevant provisions (paras. 46-48 and 50). It was obliged too to adopt a rate base rate of return method to determine rates, pursuant to its governing statute (paras. 65-66).

[53] Unlike *ATCO*, in the case before us, the CRTC's rate-setting authority and its ability to establish deferral accounts for this purpose are at the very core of its competence. The CRTC is statutorily authorized to adopt *any* method of determining just and reasonable rates. Furthermore, it is required to consider the statutory objectives in the exercise of its authority, in contrast to the permissive, free-floating direction to consider the public interest that existed in *ATCO*. The *Telecommunications Act* displaces many of the traditional restrictions on rate-setting described in *ATCO*, thereby granting the CRTC the ability to balance the interests of carriers, consumers and competitors in the broader context of the Canadian telecommunications industry (Review of Regulatory Framework decision, at pp. 6 and 10).

[54] The fact that deferral accounts are at issue does nothing to change this framework. No party objected to the CRTC's authority to establish the deferral accounts themselves. These accounts are accepted regulatory tools, available as a part of the Commission's rate-setting powers. As the CRTC has noted, deferral accounts "enabl[e] a regulator to defer consideration of a particular item of expense or revenue that is incapable of being forecast with certainty for the test

[52] Pour conclure que l'organisme n'avait pas ce pouvoir, le juge Bastarache s'est fondé en partie sur la conclusion suivant laquelle le pouvoir de l'organisme de rendre des ordonnances ou d'imposer des conditions nécessaires dans l'intérêt public n'était pas suffisamment précis pour lui conférer le pouvoir d'attribuer le produit de la vente aux clients (par. 46). Le pouvoir de l'organisme d'approuver une vente de biens ainsi que son pouvoir de rendre les ordonnances jugées nécessaires dans l'intérêt public étaient nécessairement restreints par le contexte des dispositions pertinentes (par. 46-48 et 50). L'organisme était également tenu, selon sa loi habilitante, d'adopter une méthode base tarifaire/taux de rendement pour fixer les tarifs (par. 65-66).

[53] Dans l'affaire dont nous sommes saisis, contrairement à la situation dans *ATCO*, le pouvoir de tarification du CRTC et son pouvoir d'établir des comptes de report à cette fin sont au cœur même de sa compétence. Le CRTC est légalement habilité à utiliser *toute* méthode qui lui semble appropriée pour fixer des tarifs justes et raisonnables. De plus, il est obligé de tenir compte des objectifs énoncés dans la loi dans l'exercice de ses pouvoirs, alors que dans *ATCO* l'instruction de tenir compte de l'intérêt public revêtait un caractère facultatif et vague. La *Loi sur les télécommunications* écarte plusieurs des restrictions traditionnelles en matière de tarification décrites dans *ATCO*, conférant ainsi au CRTC la capacité de concilier les intérêts des entreprises, des consommateurs et des concurrents dans le contexte plus large de l'industrie canadienne des télécommunications (décision relative à l'examen du cadre de réglementation, p. 7 et 11).

[54] Le fait que le litige porte sur des comptes de report ne change rien à cette analyse. Aucune partie n'a contesté le pouvoir du CRTC d'ordonner l'établissement des comptes de report eux-mêmes. Ces comptes sont des outils réglementaires dont on reconnaît que le Conseil peut se servir dans l'exercice de son pouvoir de tarification. Comme l'a souligné le CRTC, les comptes de report permettent à « un organisme de réglementation [de] reporter l'examen d'un article de frais ou de revenu particulier

year".[9] They have traditionally protected against future eventualities, particularly the difference between forecasted and actual costs and revenues, allowing a regulator to shift costs and expenses from one regulatory period to another. While the CRTC's creation and use of the deferral accounts for broadband expansion and consumer credits may have been innovative, it was fully supported by the provisions of the *Telecommunications Act*.

[55] In my view, it follows from the CRTC's broad discretion to determine just and reasonable rates under s. 27, its power to order a carrier to adopt any accounting method under s. 37, and its statutory mandate under s. 47 to implement the wide-ranging Canadian telecommunications policy objectives set out in s. 7, that the *Telecommunications Act* provides the CRTC with considerable scope in establishing and approving the use to be made of deferral accounts. They were created in accordance both with the CRTC's rate-setting authority and with the goal that all rates charged by carriers were and would remain just and reasonable.

[56] A deferral account would not serve its purpose if the CRTC did not also have the power to order the disposition of the funds contained in it. In my view, the CRTC had the authority to order the disposition of the accounts in the exercise of its rate-setting power, provided that this exercise was reasonable.

[57] I therefore agree with the following observation by Sharlow J.A.:

> The Price Caps Decision required Bell Canada to credit a portion of its final rates to a deferral account, which the CRTC had clearly indicated would be disposed of in due course as the CRTC would direct. There

[9] Telecom Decision CRTC 93-9, July 23, 1993 (online: www.crtc.gc.ca/eng/archive/1993/DT93-9.htm).

qu'on ne peut estimer avec certitude pour l'année-témoin »[9]. Ils ont traditionnellement permis de parer à certaines éventualités, notamment les écarts entre les coûts et revenus prévus et réels, l'organisme de réglementation pouvant déplacer les coûts et dépenses d'une période réglementaire à l'autre. Bien que le CRTC ait peut-être fait preuve d'innovation avec la création et l'utilisation des comptes de report pour l'expansion du service à large bande et le versement de crédits aux consommateurs, ces mesures étaient parfaitement compatibles avec les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*.

[55] À mon avis, le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au CRTC pour la détermination des tarifs justes et raisonnables exigés par l'art. 27, son pouvoir d'imposer à une entreprise, en vertu de l'art. 37, l'adoption de toute méthode comptable qu'il estime appropriée et l'obligation qui lui est faite par l'art. 47 de veiller à la réalisation des grands objectifs de la politique canadienne de télécommunication énoncés à l'art. 7 indiquent que la *Loi sur les télécommunications* lui donne une latitude considérable pour établir les comptes de report et approuver l'utilisation qui en sera faite. Ces comptes ont été créés conformément au pouvoir de tarification du CRTC et à l'objectif selon lequel tous les tarifs exigés par les entreprises doivent être justes et raisonnables et le demeurer.

[56] Les comptes de report ne rempliraient pas leur fonction si le CRTC n'avait pas aussi le pouvoir de prescrire la manière dont les fonds de ces comptes doivent être employés. Je suis d'avis que le CRTC pouvait, dans l'exercice de son pouvoir de tarification, ordonner l'utilisation de ces comptes, dans la mesure où il exerçait ce pouvoir de manière raisonnable.

[57] Par conséquent, je souscris aux observations suivantes de la juge d'appel Sharlow :

> La décision sur le plafonnement des prix prescrivait à Bell Canada de porter une fraction de ses tarifs définitifs au crédit d'un compte de report, lequel — le CRTC l'a clairement indiqué — serait utilisé en temps voulu de

[9] Décision de télécom CRTC 93-9, 23 juillet 1993 (en ligne : www.crtc.gc.ca/fra/archive/1993/dt93-9.htm).

is no dispute that the CRTC is entitled to use the device of a mandatory deferral account to impose a contingent obligation on a telecommunication service provider to make expenditures that the CRTC may direct in the future. It necessarily follows that the CRTC is entitled to make an order crystallizing that obligation and directing a particular expenditure, provided the expenditure can reasonably be justified by one or more of the policy objectives listed in section 7 of the *Telecommunications Act*. [Emphasis added; para. 52.]

[58] This general analytical framework brings us to the more specific questions in these appeals. In the first appeal, Bell Canada relied on Gonthier J.'s decision *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722 ("*Bell Canada (1989)*"), to argue that "final" rates cannot be changed and that the funds in the deferral accounts could not, therefore, be distributed as "rebates" to customers.

[59] In *Bell Canada (1989)*, the CRTC approved a series of interim rates. It subsequently reviewed them in light of Bell Canada's changed financial situation, and ordered the carrier to credit what it considered to be excess revenues to its current subscribers. Arguing against the CRTC's authority to do so, Bell Canada contended that the CRTC could not order a one-time credit with respect to revenues earned from rates approved by the CRTC, whether the rate order was an interim one or not. Gonthier J. observed that while the *Railway Act* contemplated a positive approval scheme that only allowed for prospective, not retroactive or retrospective rate-setting, the one-time credit at issue was nevertheless permissible because the original rates were interim and therefore inherently subject to change.

[60] In the current case, Bell Canada argued that the rates had been made final, and that the disposition of the deferral accounts for one-time credits was therefore impermissible. More specifically, it argued that the CRTC's order of one-time credits

la manière qu'il prescrirait. Il n'est pas contesté que le CRTC ait le droit d'imposer à un fournisseur de services de télécommunication, en lui prescrivant l'ouverture d'un compte de report, l'obligation éventuelle d'effectuer des dépenses qu'il se réserve de lui ordonner ultérieurement. Il s'ensuit par voie de conséquence nécessaire que le CRTC a le droit de rendre une ordonnance actualisant cette obligation et prescrivant des dépenses déterminées, à condition que l'on puisse plausiblement justifier celles-ci par un ou plusieurs des objectifs de la politique de télécommunication énumérés à l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications*. [Je souligne; par. 52.]

[58] Ce cadre d'analyse général nous amène aux questions plus précises soulevées dans les présents pourvois. Dans le premier pourvoi, se fondant sur la décision du juge Gonthier dans l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 (« *Bell Canada (1989)* »), Bell Canada a plaidé que des tarifs « définitifs » ne peuvent pas être modifiés et que les fonds des comptes de report ne pouvaient donc pas être versés à titre de « rabais » aux clients.

[59] Dans *Bell Canada (1989)*, le CRTC avait approuvé une série de tarifs provisoires. Il les avait ensuite réexaminés à la lumière de la nouvelle situation financière de Bell Canada et avait ordonné à l'entreprise de porter au crédit du compte des abonnés actuels ce qu'il considérait comme des revenus excédentaires. Contestant le pouvoir du CRTC de rendre une telle ordonnance, Bell Canada faisait valoir que l'organisme ne pouvait ordonner l'attribution d'un crédit forfaitaire à l'égard de revenus obtenus à partir de tarifs approuvés par le CRTC, que ces tarifs soient fixés dans une ordonnance provisoire ou définitive. Le juge Gonthier a estimé que, si la *Loi sur les chemins de fer* instituait un système positif d'approbation permettant seulement la tarification prospective, et non rétroactive ou rétrospective, le crédit forfaitaire en question était néanmoins permis puisque les tarifs initiaux étaient provisoires et, partant, susceptibles d'être modifiés.

[60] En l'espèce, Bell Canada a soutenu que les tarifs avaient été rendus définitifs et que l'utilisation des comptes de report pour l'attribution d'un crédit unique était donc impossible. Elle a fait valoir, plus précisément, que l'ordonnance du CRTC concernant

from the deferral accounts amounted to retrospective rate-setting as the term was used in *Bell Canada (1989)*, at p. 1749, namely, that their "purpose is to remedy the imposition of rates approved in the past and found in the final analysis to be excessive".

[61] In my view, because this case concerns encumbered revenues in deferral accounts (referred to by Sharlow J.A. as contingent obligations or liabilities), we are not dealing with the variation of final rates. As Sharlow J.A. pointed out, *Bell Canada (1989)* is inapplicable because it was known from the outset in the case before us that Bell Canada would be obliged to use the balance of its deferral account in accordance with the CRTC's subsequent direction (para. 53).

[62] It would, with respect, be an oversimplification to consider that *Bell Canada (1989)* applies to bar the provision of credits to consumers in this case. *Bell Canada (1989)* was decided under the *Railway Act*, a statutory scheme that, significantly, did not include any of the considerations or mandates set out in ss. 7, 27(5) and 47 of the *Telecommunications Act*. Nor did it involve the disposition of funds contained in deferral accounts.

[63] In my view, the credits ordered out of the deferral accounts in the case before us are neither retroactive nor retrospective. They do not vary the original rate as approved, which included the deferral accounts, nor do they seek to remedy a deficiency in the rate order through later measures, since these credits or reductions were contemplated as a possible disposition of the deferral account balances from the beginning. These funds can properly be characterized as encumbered revenues, because the rates *always* remained subject to the deferral accounts mechanism established in the Price Caps Decision. The use of deferral accounts therefore precludes a finding of retroactivity or retrospectivity. Furthermore, using deferral accounts to account for the difference between forecast and actual costs and revenues has traditionally

l'attribution d'un crédit unique, au moyen des comptes de report, équivalait à une tarification rétroactive, au sens dans lequel cette expression est utilisée dans *Bell Canada (1989)* à la p. 1749, c'est-à-dire qu'elle « vis[ait] à remédier à l'imposition des taux approuvés antérieurement qui ont été jugés excessifs en dernier ressort ».

[61] Comme la présente affaire porte sur des revenus mis en réserve dans des comptes de report (ce que la juge d'appel Sharlow a appelé des obligations ou dettes éventuelles), il n'y est selon moi pas question de modification de tarifs définitifs. Comme l'a souligné la juge Sharlow, *Bell Canada (1989)* ne s'applique pas, car on savait dès le départ en l'espèce que Bell Canada serait tenue d'utiliser le solde de son compte de report selon les prescriptions ultérieures du CRTC (par. 53).

[62] Ce serait à mon avis simplifier à outrance que de conclure que *Bell Canada (1989)* s'applique et a pour effet d'empêcher en l'espèce le versement de crédits aux consommateurs. L'arrêt *Bell Canada (1989)* a été rendu sous le régime de la *Loi sur les chemins de fer*, un régime législatif qui, il importe de le rappeler, ne comportait aucune des considérations et prescriptions énoncées aux art. 7 et 47 et au par. 27(5) de la *Loi sur les télécommunications*. Il n'y était pas non plus question de l'utilisation des fonds de comptes de report.

[63] Selon moi, les crédits dont le versement a été ordonné en l'espèce sur les comptes de report ne sont de nature ni rétroactive ni rétrospective. Ils ne modifient pas le tarif initial approuvé, qui comprenait les comptes de report, et ne visent pas non plus à corriger un défaut de l'ordonnance tarifaire définitive au moyen de mesures ultérieures, puisque ces crédits ou réductions avaient été envisagés dès le départ comme utilisation possible du solde des comptes de report. Ces fonds peuvent à juste titre être qualifiés de « revenus mis en réserve », parce que les tarifs définitifs sont *toujours* restés assujettis au mécanisme des comptes de report établi dans la Décision sur le plafonnement des prix. Le recours à des comptes de report empêche donc de conclure qu'il y a eu rétroactivité ou rétrospectivité. De plus, l'utilisation de comptes de report pour tenir compte

been held not to constitute retroactive rate-setting (*EPCOR Generation Inc. v. Energy and Utilities Board*, 2003 ABCA 374, 346 A.R. 281, at para. 12, and *Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act* (1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60 (Nfld. C.A.), at paras. 97-98 and 175).

[64] The Deferral Accounts Decision was the culmination of a process undertaken in the Price Caps Decision. In the Price Caps Decision, the CRTC indicated that the amounts in the deferral accounts were to be used in a manner contributing to achieving the CRTC's objectives (paras. 409 and 412). In the Deferral Accounts Decision, the CRTC summarized its earlier findings that draw-downs could occur for various purposes, including through subscriber credits (para. 6). When the CRTC approved the rates derived from the Price Caps Decision, the portion of the revenues that went into the deferral accounts remained encumbered. The deferral accounts, and the encumbrance to which the funds recorded in them were subject, were therefore an integral part of the rate-setting exercise ensuring that the rates approved were just and reasonable. It follows that nothing in the Deferral Accounts Decision changed either the Price Caps Decision or any other prior CRTC decision on this point. The CRTC's later allocation of deferral account balances for various purposes, therefore, including customer credits, was not a variation of a final rate order.

[65] The allocation of deferral account funds to consumers was not, strictly speaking, a "rebate" in any event. Instead, as in *Bell Canada (1989)*, these allocations were one-time disbursements or rate reductions the carriers were required to make out of the deferral accounts to their *current* subscribers. The possibility of one-time credits was present from the inception of the rate-setting exercise. From the Price Caps Decision onwards, it was understood that the disposition of the deferral account funds might include an eventual credit to

de la différence entre les coûts et revenus prévus et réels n'est habituellement pas considérée comme une tarification rétroactive (*EPCOR Generation Inc. c. Energy and Utilities Board*, 2003 ABCA 374, 346 A.R. 281, par. 12, et *Reference Re Section 101 of the Public Utilities Act* (1998), 164 Nfld. & P.E.I.R. 60 (C.A.T.-N.), par. 97-98 et 175).

[64] La Décision sur les comptes de report marquait le point culminant d'un processus amorcé avec la Décision sur le plafonnement des prix. Dans cette dernière, le CRTC avait indiqué que les fonds des comptes de report devaient être utilisés de manière à contribuer à la réalisation des objectifs de l'organisme (par. 409 et 412). Dans la Décision sur les comptes de report, le CRTC a résumé ses conclusions antérieures selon lesquelles les fonds des comptes de report pourraient être utilisés à diverses fins, notamment pour accorder des crédits aux abonnés (par. 6). Lorsque le CRTC a approuvé les tarifs découlant de la Décision sur le plafonnement des prix, la partie des revenus qui avait été versée dans les comptes de report est demeurée en réserve. Les comptes de report, et la réserve à laquelle étaient assujettis les fonds inscrits à ces comptes, étaient donc une partie intégrante de l'opération de tarification et garantissaient que les tarifs approuvés étaient justes et raisonnables. Rien dans la Décision sur les comptes de report n'est par conséquent venu modifier la Décision sur le plafonnement des prix ou quelque décision antérieure du CRTC sur cette question. L'affectation ultérieure par le CRTC du solde des comptes de report à diverses fins, dont l'attribution d'un crédit aux clients, ne constituait donc pas une modification d'une ordonnance tarifaire définitive.

[65] De toute façon, l'attribution de fonds des comptes de report aux consommateurs ne constituait pas à proprement parler un « rabais ». Comme dans *Bell Canada (1989)*, ces affectations étaient plutôt des versements ou des réductions tarifaires uniques dont les entreprises devaient faire bénéficier leurs abonnés *actuels* en puisant dans les comptes de report. La possibilité d'un crédit unique était présente dès le début de l'opération de tarification. Dès la décision sur le plafonnement des prix, il était entendu que les fonds des comptes de report

subscribers once the CRTC determined the appropriate allocation. It was precisely because the rate-setting mechanism approved by the CRTC included accumulation in and disposition from the deferral accounts pursuant to further CRTC orders, that the rates were and continued to be just and reasonable.

[66] Therefore, rather than viewing *Bell Canada (1989)* as setting a strict rule that subscriber credits can never be ordered out of revenues derived from final rates, it is important to remember Gonthier J.'s concern that the financial stability of regulated utilities could be undermined if rates were open to indiscriminate variation (p. 1760). Nothing in the Deferral Accounts Decision undermined the financial stability of the affected carriers. The amounts at issue were always treated differently for accounting purposes, and the regulated carriers were aware of the fact that the portion of their revenues going into the deferral accounts remained encumbered. In fact, the Price Caps Decision formula would have allowed for *lower* rates than the ones ultimately set, were it not for the creation of the deferral accounts. Those lower rates could conceivably have been considered sufficient to maintain the financial stability of the carriers and were increased only in an effort to encourage market entry by new competitors.

[67] TELUS argued additionally that the Deferral Accounts Decision constituted a confiscation of its property. This is an argument I have difficulty accepting. The funds in the accounts never belonged unequivocally to the carriers, and always consisted of encumbered revenues. Had the CRTC intended that these revenues be used for any purposes the affected carriers wanted, it could simply have approved the rates as just and reasonable and ordered the balance of the deferral accounts turned over to them. It chose not to do so.

pourraient notamment être utilisés pour le versement d'un éventuel crédit aux abonnés une fois que le CRTC aurait déterminé l'affectation souhaitable. C'est précisément parce que le mécanisme de tarification approuvé par le CRTC comprenait l'accumulation de fonds dans les comptes de report et l'affectation de ces fonds conformément à des ordonnances ultérieures du CRTC que les tarifs étaient et sont demeurés justes et raisonnables.

[66] Par conséquent, au lieu de voir dans *Bell Canada (1989)* l'établissement d'une règle stricte selon laquelle il ne serait en aucun cas possible d'ordonner le versement de crédits sur des revenus tirés de tarifs définitifs, il importe de rappeler que le juge Gonthier craignait de voir la stabilité financière des services publics réglementés être minée si les tarifs pouvaient connaître des variations arbitraires (p. 1760). Or, rien dans la Décision sur les comptes de report ne compromettait la stabilité financière des entreprises visées. Les sommes en cause ont toujours fait l'objet d'un traitement comptable différent et les entreprises réglementées savaient que la partie des revenus versée aux comptes de report demeurait en réserve. En fait, la formule établie dans la Décision sur le plafonnement des prix aurait accordé des tarifs *inférieurs* à ceux finalement fixés, n'eût été la création des comptes de report. Ces tarifs inférieurs auraient sans doute pu être jugés suffisants pour maintenir la stabilité financière des entreprises. S'ils ont été augmentés, c'est uniquement pour encourager l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché.

[67] TELUS a plaidé en outre que la Décision sur les comptes de report constituait une confiscation de ses biens. Voilà un argument que j'ai de la difficulté à accepter. Les fonds des comptes de report n'ont jamais appartenu sans équivoque aux entreprises et ont toujours consisté dans des revenus mis en réserve. Si le CRTC avait voulu que ces revenus soient utilisés au gré des entreprises visées, il aurait pu simplement approuver les tarifs en les considérant comme justes et raisonnables et ordonner que le solde des comptes de report soit remis aux entreprises en question. Il a choisi de ne pas le faire.

[68] It is also worth noting that in approving Bell Canada's rates, the CRTC ordered it to allocate certain tax savings to the deferral accounts.[10] Neither the CRTC, nor Bell Canada, could possibly have expected that the company would be able to keep that portion of its rate revenue representing a past liability for taxes that it was in fact not currently liable to pay or defer.

[69] For the above reasons, I would dismiss the Bell Canada and TELUS appeal.

[70] The premise underlying the Consumers' Association of Canada appeal is that the disposition of some deferral account funds for broadband expansion highlighted the fact that the rates charged by carriers were, in a certain sense, not just and reasonable. Consumers can only succeed if it can demonstrate that the CRTC's decision was unreasonable.

[71] At its core, Consumers' primary argument was that the Deferral Accounts Decision effectively forced users of a certain service (residential subscribers in certain areas) to subsidize users of another service (the future users of broadband services) once the expansion of broadband infrastructure was completed. In its view, this was an indication that the rates charged to residential users were not in fact just and reasonable, and that therefore the balance in the deferral accounts, excluding the disbursements for accessibility services, should be distributed to customers.

[72] As previously noted, the deferral accounts were created and disbursed pursuant to the CRTC's power to approve just and reasonable rates, and were an integral part of such rates. Far from rendering these rates inappropriate, the deferral accounts *ensured* that the rates were just and reasonable. And the policy objectives in s. 7, which the CRTC is always obliged to consider, demonstrate

[10] Telecom Decision CRTC 2003-15, at para. 32.

[68] Il convient également de souligner que, en approuvant les tarifs de Bell Canada, le CRTC a ordonné à l'entreprise d'affecter aux comptes de report une partie des économies provenant de certaines taxes[10]. Ni le CRTC ni Bell Canada ne pouvaient s'attendre à ce que l'entreprise soit en mesure de conserver cette partie de ses revenus tirés des tarifs, qui correspondait à une obligation fiscale antérieure qu'elle n'était en réalité pas tenue d'acquitter ni de reporter.

[69] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de Bell Canada et de TELUS.

[70] La prémisse du pourvoi de l'Association des consommateurs du Canada est que l'utilisation d'une partie des fonds des comptes de report pour l'expansion du service à large bande a fait ressortir le fait que les tarifs exigés par les entreprises n'étaient pas, en un certain sens, justes et raisonnables. L'Association peut avoir gain de cause uniquement si elle démontre que la décision du CRTC était déraisonnable.

[71] L'Association des consommateurs du Canada fait valoir essentiellement que la Décision sur les comptes de report a dans les faits obligé les utilisateurs d'un certain service (les abonnés résidentiels de certaines zones) à subventionner les utilisateurs d'un autre service (les futurs utilisateurs de services à large bande) une fois achevée l'expansion de l'infrastructure à large bande. À son avis, cela indiquait que les tarifs exigés des utilisateurs résidentiels n'étaient pas en fait justes et raisonnables et que, par conséquent, le solde des comptes de report — abstraction faite des sommes déboursées pour améliorer l'accessibilité des services — devait être distribué aux clients.

[72] Comme je l'ai déjà signalé, les comptes de report ont été créés et utilisés conformément au pouvoir du CRTC d'approuver des tarifs justes et raisonnables, et ils faisaient partie intégrante de ces tarifs. Loin de rendre ces tarifs inappropriés, les comptes de report *garantissaient* que les tarifs étaient justes et raisonnables. En outre, les objectifs de la politique de télécommunication énoncés

[10] Décision de télécom CRTC 2003-15, par. 32.

that the CRTC need not limit itself to considering solely the service at issue in determining whether rates are just and reasonable. The statute contemplates a comprehensive national telecommunications framework. It does not require the CRTC to atomize individual services. It is for the CRTC to determine a tolerable level of cross-subsidization.

[73] Nor does the traditional approach to telecommunications regulation support Consumers' argument. Long-distance telephone users have long subsidized local telephone users (Price Caps Decision, at para. 2). Therefore, while rates for individual services covered by the *Telecommunications Act* may be evaluated on a just and reasonable basis, rates are not necessarily rendered unreasonable or unjust simply because there is some cross-subsidization between services. (See Ryan, at §604, for the proposition that the CRTC can determine the appropriate extent of cross-subsidization for a given telecommunications carrier.)

[74] In my view, the CRTC properly considered the objectives set out in s. 7 when it ordered expenditures for the expansion of broadband infrastructure and consumer credits. In doing so, it treated the statutory objectives as guiding principles in the exercise of its rate-setting authority. Pursuing policy objectives through the exercise of its rate-setting power is precisely what s. 47 requires the CRTC to do in setting just and reasonable rates.

[75] In deciding to allocate the deferral account funds to improving accessibility services and broadband expansion in rural and remote areas, the CRTC had in mind its statutorily mandated objectives of facilitating "the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to . . . strengthen the social and economic fabric of Canada" under s. 7(*a*); rendering "reliable and affordable telecommunications

à l'art. 7, dont le CRTC doit toujours tenir compte, montrent qu'il n'a pas à prendre en considération uniquement le service en cause pour déterminer si les tarifs sont justes et raisonnables. La loi envisage un cadre national global en matière de télécommunications. Elle n'oblige pas le CRTC à atomiser les différents services. Il appartient au CRTC de déterminer le niveau tolérable d'interfinancement.

[73] L'approche traditionnelle en matière de télécommunications ne peut pas non plus être invoquée à l'appui de l'argument de l'Association des consommateurs du Canada. Les usagers du service d'interurbain financent depuis longtemps la téléphonie locale (Décision sur le plafonnement des prix, par. 2). Par conséquent, même si les tarifs des différents services couverts par la *Loi sur les télécommunications* peuvent être évalués selon le critère des tarifs justes et raisonnables, ils ne sont pas nécessairement rendus déraisonnables ou injustes par la seule existence d'un certain interfinancement entre les services. (Voir Ryan, §604, relativement à la proposition suivant laquelle le CRTC peut déterminer le niveau approprié d'interfinancement pour une entreprise de télécommunication donnée.)

[74] J'estime que le CRTC a correctement tenu compte des objectifs énoncés à l'art. 7 quand il a ordonné l'affectation de certaines sommes à l'expansion du service à large bande et au versement de crédits aux consommateurs. Ce faisant, il a considéré les objectifs inscrits dans la loi comme des principes directeurs régissant l'exercice de son pouvoir de tarification. Le fait pour le CRTC de poursuivre les objectifs de la politique dans l'exercice de son pouvoir de tarification constitue précisément ce que l'art. 47 lui demande de faire lorsqu'il fixe des tarifs justes et raisonnables.

[75] En décidant d'utiliser les fonds des comptes de report pour améliorer les services d'accessibilité et pour étendre aux collectivités rurales et éloignées les services à large bande, le CRTC avait à l'esprit les objectifs qui lui sont fixés par le législateur : « favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à [. . .] renforcer la structure sociale et économique du Canada » (al. 7*a*)); « permettre l'accès

services . . . to Canadians in both urban and rural areas" under s. 7(*b*); and responding "to the economic and social requirements of users of telecommunications services" pursuant to s. 7(*h*).

[76] The CRTC heard from several parties, considered its statutorily mandated objectives in exercising its powers, and decided on an appropriate course of action. Under the circumstances, I have no hesitation in holding that the CRTC made a reasonable decision in ordering broadband expansion.

[77] I would therefore conclude that the CRTC did exactly what it was mandated to do under the *Telecommunications Act*. It had the statutory authority to set just and reasonable rates, to establish the deferral accounts, and to direct the disposition of the funds in those accounts. It was obliged to do so in accordance with the telecommunications policy objectives set out in the legislation and, as a result, to balance and consider a wide variety of objectives and interests. It did so in these appeals in a reasonable way, both in ordering subscriber credits and in approving the use of the funds for broadband expansion.

[78] I would dismiss the appeals. At the request of all parties, there will be no order for costs.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent Bell Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellant/respondent TELUS Communications Inc. and the respondent TELUS Communications (Québec) Inc.: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the appellants/respondents the Consumers' Association of Canada and the National Anti-Poverty Organization and the respondent the Public Interest Advocacy Centre: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs [et] abordables » (al. 7*b*)); « satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication » (al. 7*h*)).

[76] Le CRTC a entendu plusieurs parties, il a exercé ses pouvoirs en prenant en considération les objectifs que le législateur lui a imposés et il a décidé les mesures appropriées. Dans les circonstances, je n'hésite pas à conclure que le CRTC a pris une décision raisonnable lorsqu'il a ordonné l'expansion du service à large bande.

[77] Je conclurais donc que le CRTC a fait exactement ce que la *Loi sur les télécommunications* lui demandait de faire. Il avait, en vertu de la loi, le pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables, d'établir des comptes de report et de prescrire de quelle manière devaient être utilisés les fonds de ces comptes. Il était tenu d'exercer ces pouvoirs en conformité avec les objectifs de la politique de télécommunication énoncés dans la loi et, par conséquent, de soupeser et d'examiner toute une gamme d'objectifs et d'intérêts. Il l'a fait d'une manière raisonnable, à la fois lorsqu'il a ordonné l'attribution de crédits aux abonnés et lorsqu'il a approuvé l'utilisation des fonds pour l'expansion du service à large bande.

[78] Je suis d'avis de rejeter les pourvois. À la demande de toutes les parties, aucune ordonnance ne sera rendue quant au dépens.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelante/intimée Bell Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'appelante/intimée TELUS Communications Inc. et l'intimée TELUS Communications (Québec) Inc. : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des appelantes/intimées l'Association des consommateurs du Canada et l'Organisation nationale anti-pauvreté et l'intimé le Centre pour la défense de l'intérêt public : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent MTS Allstream Inc.: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the respondent/intervener the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intimée MTS Allstream Inc. : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'intimé/intervenant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes : Torys, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Appeals — Standard of review — Financial Services Tribunal — Standard of review applicable to Tribunal's decisions relating to its authority to award costs and to employer's obligations under pension plan.

NOLAN V. KERRY (CANADA) INC., 678.

2. Appeals — Standard of review — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission — Standard of review applicable to CRTC's decision to direct disposition of deferral accounts — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47, 52(1).

BELL CANADA V. BELL ALIANT REGIONAL COMMUNICATIONS, 764.

CIVIL PROCEDURE

Costs — Financial Services Tribunal — Issues before Tribunal relating to employer's obligations under pension plan — Pension trust fund not a party to proceedings — Whether Tribunal can award costs out of pension trust fund — Whether on judicial review court should exercise its discretion to award costs out of pension trust fund — Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, s. 24.

NOLAN V. KERRY (CANADA) INC., 678.

COMMUNICATIONS LAW

Telephone — Regulation of rates charged by telecommunications carriers — Canadian Radio-television and Telecommunications Commission ordering carriers to create deferral accounts — Accounts being collected from urban residential telephone service revenues to enhance competition — CRTC directing that accounts be disposed of to increase accessibility of telecommunications services for persons with disabilities and to expand broadband coverage — Remaining amounts, if any, being distributed to subscribers — Whether Telecommunications Act authorizes CRTC to direct disposition of deferral account funds as it did — Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 7, 47.

BELL CANADA V. BELL ALIANT REGIONAL COMMUNICATIONS, 764.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Right to be tried within reasonable time — Thirty-month delay between date accused charged and date set for trial — Straightforward criminal case — Whether accused's right to be tried within reasonable time violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. GODIN, 3.

2. Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of age — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

A.C. V. MANITOBA (DIRECTOR OF CHILD AND FAMILY SERVICES), 181.

3. Charter of Rights — Freedom of religion — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation infringes child's freedom of religion — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms,

ss. 1, 2(a) — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

A.C. v. MANITOBA (DIRECTOR OF CHILD AND FAMILY SERVICES), 181.

4. Charter of Rights — Liberty and security of person — Fundamental justice — Medical treatment — Child under 16 years of age refusing blood transfusions because her religion requires that she abstain from receiving blood — Transfusion necessary to avoid severe consequences to child's health — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in best interests of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether legislation arbitrary because it deprives children under 16 of opportunity to demonstrate capacity — Whether legislation infringes child's liberty and security interests in manner contrary to principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

A.C. v. MANITOBA (DIRECTOR OF CHILD AND FAMILY SERVICES), 181.

5. Charter of Rights — Application of Charter — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Actions brought alleging that transit authorities' policies violated freedom of expression — Whether entities which operate public transit systems "government" within meaning of s. 32 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY v. CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT, 295.

6. Charter of Rights — Freedom of expression — Advertisements on buses — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Whether advertising policies infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY v. CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT, 295.

7. Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies infringing freedom of expression — Whether policies are "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY v. CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT, 295.

8. Charter of Rights — Remedy — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies unjustifiably infringing freedom of expression — Declaration that policies are of "no force or effect" sought — Whether declaration ought to be based on s. 52 of Constitution Act, 1982 or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether policies are "law" within meaning of s. 52 of Constitution Act, 1982.

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY v. CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT, 295.

9. Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to counsel — Encounter between accused and police going from general neighbourhood policing to situation where police effectively took control over accused and attempted to elicit incriminating information — Whether police conduct would cause a reasonable person in accused's position to conclude that he or she was not free to go and had to comply with police demand — Whether accused arbitrarily detained — Whether accused's right to counsel infringed — Meaning of "detention" in ss. 9 and 10 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. GRANT, 353.

10. Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Firearm discovered as result of accused's statements taken in breach of his right against arbitrary detention and right to counsel — Firearm admitted into evidence at trial and accused convicted of five firearms offences — Whether admission of firearm bringing administration of justice into disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. GRANT, 353.

11. Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Right to counsel — Investigative detention — Whether general suspension of right to counsel during course of short investigative detentions necessary and justified under s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. SUBERU, 460.

12. Charter of Rights — Right to counsel — Investigative detention — Preliminary questioning by police to determine if individual involved in criminal act — Police informing individual of right to counsel upon arrest — Whether individual

CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)

detained from outset of interaction with police — Whether police must immediately inform individual of right to counsel as soon as detention arises — Whether individual right to counsel violated — Meaning of "detention" and "without delay" in s. 10(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. SUBERU, 460.

13. Charter of Rights — Enforcement — Exclusion of evidence — Police officer stopping and searching accused's rental vehicle — Cocaine found and accused charged with trafficking — Trial judge finding breaches of accused's constitutional rights against arbitrary detention and unreasonable search and seizure, but concluding that evidence should not be excluded — Accused convicted — Whether admission of evidence bringing administration of justice into disrepute — Revised framework for determining whether evidence obtained in breach of constitutional rights must be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. HARRISON, 494.

14. Charter of Rights — Search and seizure — Breath sample demand — Impaired driving and driving "over 80" — Reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused precondition to lawful search and seizure — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 254(3).

R. v. SHEPHERD, 527.

15. Charter of Rights — Freedom of religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed freedom of religion — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

ALBERTA v. HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY, 567.

16. Charter of Rights — Right to equality — Discrimination based on religion — New regulation requiring photo for all Alberta driver's licences — Members of Hutterian Brethren sincerely believing that Second Commandment prohibits them from having their photograph willingly taken — Whether regulation infringed right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, s. 14(1)(b) (am. Alta. Reg. 137/2003, s. 3).

ALBERTA v. HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY, 567.

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

17. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Whether accused's rights to fair trial and to make full answer and defence prejudiced by denial of opportunity to cross-examine witnesses at preliminary hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. BJELLAND, 651.

18. Charter of Rights — Remedy — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Late disclosure prejudicial to accused's right to make full answer and defence — Whether trial judge erred in excluding late disclosed evidence under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether prejudice to accused could have been cured by adjournment and disclosure order.

R. v. BJELLAND, 651.

CRIMINAL LAW

1. Trial — Evidence — Admissibility — Prior consistent statements — Trial judge permitting Crown to re-examine its witness to show that she had made prior consistent statements — Accused convicted of second degree murder — Whether trial judge erred in allowing statements to be admitted in re-examination — If so, whether curative proviso applicable — Whether trial judge was required to give jury limiting instruction on use that could be made of statements — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. ELLARD, 19.

2. Evidence — Hearsay — Admissibility — State of mind exception — Charge to jury — Deceased making statement to his girlfriend shortly before his death indicating that if harm came to him it would be at the hands of her "cousin's family", a reference to one of the accused — Whether deceased's statement admissible under "state of mind" exception to hearsay rule — If so, whether trial judge correctly instructed jury on limited use that could be made of statement.

R. v. GRIFFIN, 42.

3. Trial — Charge to jury — Burden of proof — Circumstantial evidence — Reasonable doubt — Whether trial judge erred in his instructions to jury on burden of proof and its application to circumstantial evidence — Whether trial judge erred by suggesting reasonable doubt is doubt for which a reason can be supplied.

R. v. GRIFFIN, 42.

CRIMINAL LAW — (Concluded)

4. Firearms — Possession of firearm for purposes of weapons trafficking — Whether simple movement of firearm from one place to another without changing hands amounts to weapons trafficking — Meaning of "transfer" of weapon for purposes of ss. 84, 99 and 100 of Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.

R. v. GRANT, 353.

5. Impaired driving and driving "over 80" — Breath sample demand — Reasonable and probable grounds — Whether police officer had reasonable and probable grounds to demand breath samples from accused — Whether issue of reasonable and probable grounds involved question of law — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253, 254(3).

R. v. SHEPHERD, 527.

6. Trial — Charge to jury — Reasonable doubt — Question from jury — Charge on reasonable doubt using Lifchus model — Jury asking trial judge for further directions on reasonable doubt — Trial judge repeating in recharge reasonable doubt instructions given in main charge — Whether trial judge erred in repeating same instructions.

R. v. LAYTON, 540.

PENSIONS

1. Pension plans — Contribution holidays — Defined benefit pension plan amended in 2000 to introduce a defined contribution component — Plan trust fund constituted in two separate funding vehicles with two separate trustees — Whether employer can use actuarially determined surplus pension funds from original defined benefit component of pension plan to satisfy its contribution obligations in respect of both defined benefit and defined contribution components of pension plan.

NOLAN v. KERRY (CANADA) INC., 678.

2. Pension plans — Expenses — Whether employer responsible for paying pension plan expenses — Whether such expenses properly payable from pension trust fund.

NOLAN v. KERRY (CANADA) INC., 678.

STATUS OF PERSONS

Child protection — Care while under apprehension — Maturity — Court order authorizing treatment — For child under 16, provincial child and family services legislation authorizing court to order treatment that it considers in "best interests" of child — For child 16 and over, no medical treatment can be ordered by court without child's consent unless court satisfied that child lacks ability to understand relevant information or consequences of treatment decision — Whether young person under 16 entitled to demonstrate sufficiency of maturity in medical treatment decisions — Interpretation of "best interests" standard — Child and Family Services Act, C.C.S.M. c. C80, s. 25(8), (9).

A.C. v. MANITOBA (DIRECTOR OF CHILD AND FAMILY SERVICES), 181.

TAXATION

Income tax — Trust for moneys deducted — Employer defaulting on line of credit and financial institution exercising right of compensation on employer's term deposit pursuant to agreement — Deemed trust in favour of Crown over property of employer that has deducted income tax and employment insurance premiums at source — Crown seeking to collect amount due by employer for unremitted source deductions from proceeds of term deposit — Whether compensation agreement between financial institution and employer created "security interest" within meaning of s. 224(1.3) of Income Tax Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 224(1.3) "security interest", 227(4.1).

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND v. CANADA, 94.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

1. Appels — Norme de contrôle — Tribunal des services financiers — Norme de contrôle applicable à l'examen des décisions du Tribunal concernant son pouvoir d'adjuger les dépens et à celui des obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite.

NOLAN C. KERRY (CANADA) INC., 678.

2. Appels — Norme de contrôle — Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes — Norme de contrôle applicable à la décision du CRTC prescrivant l'utilisation des comptes de report — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47, 52(1).

BELL CANADA C. BELL ALIANT COMMUNICATIONS RÉGIONALES, 764.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droit d'être jugé dans un délai raisonnable — Délai de trente mois entre la date des accusations et la date fixée pour le procès — Affaire criminelle simple — Y a-t-il eu atteinte au droit de l'accusé d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. GODIN, 3.

2. Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur l'âge — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte au droit de l'enfant à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

A.C. C. MANITOBA (DIRECTEUR DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE), 181.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

3. Charte des droits — Liberté de religion — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation porte-t-elle atteinte à la liberté de religion de l'enfant? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

A.C. C. MANITOBA (DIRECTEUR DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE), 181.

4. Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Traitement médical — Enfant de moins de 16 ans refusant des transfusions sanguines parce que sa religion lui interdit de recevoir du sang — Nécessité de la transfusion pour éviter des conséquences graves pour la santé de l'enfant — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans l'intérêt de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — La législation est-elle arbitraire du fait qu'elle prive les enfants de moins de 16 ans de la possibilité de démontrer leur capacité? — La législation porte-t-elle atteinte au droit de l'enfant à la liberté et à la sécurité en violation des principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

A.C. C. MANITOBA (DIRECTEUR DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE), 181.

5. Charte des droits — Application de la Charte — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les

véhicules de transport en commun — Actions alléguant que les politiques portent atteinte à la liberté d'expression — Les entités qui exploitent des réseaux de transport en commun font-elles partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne des droits et libertés?

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY c. FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE, 295.

6. Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité sur les autobus — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Les politiques violent-elles le droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY c. FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE, 295.

7. Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant atteinte à la liberté d'expression — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY c. FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE, 295.

8. Charte des droits — Réparation — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant indûment atteinte à la liberté d'expression — Demande d'un jugement déclarant les politiques inopérantes — Le jugement déclaratoire doit-il se fonder sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982?

GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY c. FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE, 295.

9. Charte des droits — Détention arbitraire — Droit à l'assistance d'un avocat — Contact entre l'accusé et les policiers relevant de services de police communautaire devenu un interrogatoire visant à obtenir des renseignements incriminants dans une situation où l'accusé était bel et bien contrôlé par les policiers — La conduite policière inciterait-elle une personne raisonnable placée dans la même situation que l'accusé à conclure qu'elle n'est pas libre de partir et qu'elle doit obtempérer à la

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

sommation de la police? — L'accusé a-t-il été détenu arbitrairement? — A-t-il été porté atteinte au droit de l'accusé d'avoir recours à l'assistance d'un avocat? — Sens du mot « détention » pour l'application des art. 9 et 10 de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. GRANT, 353.

10. Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Arme à feu découverte par suite de déclarations de l'accusé obtenues en violation de ses droits de ne pas être détenu arbitrairement et d'avoir recours à l'assistance d'un avocat — Arme à feu utilisée en preuve au procès et accusé déclaré coupable de cinq infractions relatives aux armes à feu — L'utilisation de l'arme à feu est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être exclus — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. GRANT, 353.

11. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — Questions préliminaires posées par un policier afin de déterminer si un individu avait participé à une infraction criminelle — Policier ayant informé l'individu de son droit à l'assistance d'un avocat au moment de son arrestation — L'individu a-t-il été mis en détention dès le début de son interaction avec la police? — Les policiers doivent-ils informer immédiatement un individu de son droit à l'assistance d'un avocat, dès la mise en détention? — Y a-t-il eu violation du droit à l'assistance d'un avocat? — Sens des mots « détention » et « sans délai » figurant à l'art. 10b) de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. SUBERU, 460.

12. Charte des droits — Limites raisonnables prescrites par une règle de droit — Droit à l'assistance d'un avocat — Détention aux fins d'enquête — La suspension générale du droit à l'assistance d'un avocat pendant une courte détention aux fins d'enquête est-elle nécessaire et justifiée au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. SUBERU, 460.

13. Charte des droits — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Un policier a arrêté et fouillé le véhicule loué de l'accusé — De la cocaïne a été trouvée et l'accusé a été inculpé de trafic — Le juge du procès a conclu à des violations des droits constitutionnels de l'accusé le protégeant contre la détention arbitraire et contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, mais il a jugé que les éléments de preuve ne devaient pas être écartés — L'accusé a été déclaré coupable — L'utilisation des éléments de preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Cadre d'analyse révisé permettant de déterminer si les éléments de preuve

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)

obtenus en violation de droits constitutionnels doivent être écartés — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. HARRISON, 494.

14. Charte des droits — Fouilles et perquisitions — Demande d'un échantillon d'haleine — Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie supérieure à « 0,08 » — L'existence de motifs raisonnables et probables avant de demander un échantillon d'haleine à l'accusé est une condition préalable à une fouille, saisie ou perquisition légitime — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3).

R. c. SHEPHERD, 527.

15. Charte des droits — Droit à l'égalité — Discrimination fondée sur la religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15 — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

ALBERTA c. HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY, 567.

16. Charte des droits — Liberté de religion — Nouveau règlement imposant la photo obligatoire à tous les Albertains titulaires d'un permis de conduire — Croyance sincère des huttérites que le deuxième commandement leur interdit de se faire photographier volontairement — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté de religion? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Operator Licensing and Vehicle Control Regulation, Alta. Reg. 320/2002, art. 14(1)b) (mod. Alta. Reg. 137/2003, art. 3).

ALBERTA c. HUTTERIAN BRETHREN OF WILSON COLONY, 567.

17. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de présenter une défense pleine et entière — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — A-t-il été porté atteinte aux droits de l'accusé de subir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger des témoins à l'enquête préliminaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. c. BJELLAND, 651.

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

18. Charte des droits — Réparation — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — Communication tardive portant atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant les éléments de preuve communiqués tardivement en application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'atteinte aux droits de l'accusé pouvait-elle être réparée en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve?

R. c. BJELLAND, 651.

DROIT CRIMINEL

1. Procès — Preuve — Admissibilité — Déclarations antérieures compatibles — Juge du procès permettant au ministère public de réinterroger son témoin pour démontrer qu'elle avait fait des déclarations antérieures compatibles — Accusée déclarée coupable de meurtre au deuxième degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant l'admission des déclarations en réinterrogatoire? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice s'applique-t-elle? — Le juge du procès était-il tenu de donner au jury une directive limitative sur l'utilisation qu'il pouvait faire des déclarations? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. ELLARD, 19.

2. Preuve — Ouï-dire — Admissibilité — Exception relative à l'état d'esprit — Exposé au jury — Déclaration de la victime, peu avant sa mort, à sa petite amie indiquant que s'il lui arrivait quelque chose, ce serait « la famille de ton cousin », en faisant référence à un des accusés — La déclaration de la victime est-elle admissible en vertu de l'exception à la règle du ouï-dire relative à « l'état d'esprit »? — Dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il donné au jury des directives correctes concernant l'utilisation restreinte que ce dernier pouvait faire de la déclaration?

R. c. GRIFFIN, 42.

3. Procès — Exposé au jury — Fardeau de la preuve — Preuve circonstancielle — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives au jury concernant le fardeau de la preuve et son application à la preuve circonstancielle? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en suggérant que le doute raisonnable est un doute qui peut être motivé?

R. c. GRIFFIN, 42.

DROIT CRIMINEL — (Fin)

4. Armes à feu — Possession d'une arme à feu en vue d'en faire le trafic — Le simple déplacement d'une arme à feu d'un endroit à un autre sans qu'elle change de mains équivaut-il à du trafic d'armes? — Sens du mot « cession » d'une arme à feu pour l'application des art. 84, 99 et 100 du Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.

R. c. GRANT, 353.

5. Conduite avec facultés affaiblies et conduite avec une alcoolémie dépassant « 0,08 » — Demande d'un échantillon d'haleine — Motifs raisonnables et probables — Le policier avait-il des motifs raisonnables et probables l'autorisant à demander des échantillons d'haleine? — La question des motifs raisonnables et probables constitue-t-elle une question de droit? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253, 254(3).

R. c. SHEPHERD, 527.

6. Procès — Exposé au jury — Doute raisonnable — Question du jury — Exposé sur le doute raisonnable fait au moyen du modèle proposé dans Lifchus — Demande de directives supplémentaires concernant le doute raisonnable présentée par le jury à la juge du procès — Reprise par la juge du procès des directives déjà données à cet égard dans l'exposé principal — La juge du procès a-t-elle commis une erreur en répétant les mêmes directives?

R. c. LAYTON, 540.

DROIT DES COMMUNICATIONS

Téléphone — Réglementation des tarifs exigés par les entreprises de télécommunication — Ordonnance du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes intimant aux fournisseurs de créer des comptes de report — Comptes créés au moyen des revenus des services téléphoniques résidentiels en milieu urbain en vue d'encourager la concurrence — Ordonnance du CRTC intimant d'utiliser les comptes pour faciliter l'accès des personnes handicapées aux services de télécommunication et pour étendre le service à large bande — Distribution aux abonnés des éventuelles sommes restantes — La Loi sur les télécommunications autorise-t-elle le CRTC à ordonner comme il l'a fait l'utilisation des fonds se trouvant dans les comptes de report? — Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 7, 47.

BELL CANADA c. BELL ALIANT COMMUNICATIONS RÉGIONALES, 764.

DROIT DES PERSONNES

Protection de l'enfant — Soins des enfants appréhendés — Maturité — Ordonnance judiciaire autorisant le traitement — Pour les enfants de moins de 16 ans, la législation provinciale sur les services à l'enfant et à la famille autorise le tribunal à ordonner les traitements qu'il juge être dans « l'intérêt » de l'enfant — Dans le cas des enfants de 16 ans ou plus, le tribunal ne peut ordonner de traitement médical sans leur consentement, à moins d'être convaincu que l'enfant ne peut comprendre les renseignements qui lui permettraient de prendre une décision au sujet du traitement ou les conséquences de celle-ci — Une personne de moins de 16 ans a-t-elle le droit de démontrer qu'elle a une maturité suffisante pour prendre des décisions en matière de traitement médical? — Interprétation du critère de « l'intérêt » de l'enfant — Loi sur les services à l'enfant et à la famille, C.P.L.M. ch. C80, art. 25(8), (9).

A.C. c. MANITOBA (DIRECTEUR DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE), 181.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Déductions assujetties à une fiducie — Défaut de l'employeur à l'égard d'une ouverture de crédit et exercice par l'institution financière d'un droit de compensation sur le dépôt à terme de l'employeur conformément à une convention — Fiducie réputée établie au bénéfice de Sa Majesté à l'égard des biens de l'employeur qui déduit à la source de l'impôt sur le revenu et des cotisations d'assurance-emploi — Recours de Sa Majesté pour recouvrer par prélèvement sur le dépôt à terme les retenues à la source non versées par l'employeur — Le droit de compensation dont ont convenu l'institution financière et l'employeur a-t-il fait naître une « garantie » au sens de l'art. 224(1.3) de la Loi de l'impôt sur le revenu? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), art. 224(1.3) « garantie », 227(4.1).

CAISSE POPULAIRE DESJARDINS DE L'EST DE DRUMMOND c. CANADA, 94.

PENSIONS

Régimes de retraite — Frais — L'employeur est-il tenu de payer les frais du régime de retraite? — Ces frais peuvent-ils être payables à même la caisse de retraite?

NOLAN c. KERRY (CANADA) INC., 678.

Régimes de retraite — Suspensions de cotisations — Régime de retraite à prestations déterminées modifié en 2000 de manière à instaurer un volet à cotisations déterminées —

PENSIONS — (Fin)

Caisse de retraite du régime constituée de deux instruments de financement distincts détenus par deux fiduciaires distincts — L'employeur peut-il utiliser l'excédent actuariel de la caisse de retraite du volet initial à prestations déterminées pour s'acquitter de ses obligations en matière de cotisations, tant dans le volet à prestations déterminées que dans le volet à cotisations déterminées du régime?

NOLAN C. KERRY (CANADA) INC., 678.

PROCÉDURE CIVILE

Dépens — Tribunal des services financiers — Questions soumises au Tribunal concernant les obligations imposées à l'employeur par le régime de retraite — Caisse de retraite n'étant pas partie à l'instance — Le Tribunal des services financiers peut-il adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Lors du contrôle judiciaire, le tribunal de révision doit-il exercer son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens payables à même la caisse de retraite? — Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, 1997, L.O. 1997, ch. 28, art. 24.

NOLAN C. KERRY (CANADA) INC., 678.