Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2016 Vol. 1

2e cahier, 2016 Vol. 1

Cited as [2016] 1 S.C.R. 273-586

Renvoi [2016] 1 R.C.S. 273-586

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 adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiste en chef intérimaire
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
STÉPHANIE MORIN
JOANNE NORMAN
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE
MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME
CHLOE MAGEE
NANCY MCCAUGHAN
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2016.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2016.

CONTENTS

Krayzel Corp. *v.* Equitable Trust Co. 273

Mortgages — Interest — Rate of interest — Payments in arrears — Mortgage terms providing for discount — Legislation precluding mortgagee from imposing terms that have effect of charging higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears — Whether legislation offended by terms of mortgage agreement imposing an "interest rate" that takes effect only where mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at lower "pay rate" of interest or by failing to pay out loan upon maturity — Whether there is distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in event of default, and (2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in event of no default — Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.

Heritage Capital Corp. *v.* Equitable Trust Co. 306

Property — Real property — Sale — Right to incentive payments arising under Incentive Agreement registered by caveat on title to land — City adopting by-law designating building as municipal historical resource under Historical Resources Act — City entering into agreement with building owner providing for yearly payments over 15 years to compensate for decrease in economic value due to designation and for cost of rehabilitation work, and imposing restrictions on use of building — Agreement registered by caveat on title to land — Building sold in judicial sale — Whether incentive payments constitute positive covenant running with land either by virtue of Historical Resources Act or by virtue of agreement between City and building owner — Whether incentive payments sold as asset in judicial sale — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, s. 29.

Personal property security — City entering into agreement with building owner providing for incentive payments to compensate for decrease in economic value due to historic resource designation and for cost of rehabilitation work — Building owner assigning right to incentive payments to two successive lenders as security for loans

Continued on next page

SOMMAIRE

Krayzel Corp. *c.* Équitable, Cie de fiducie 273

Hypothèques — Intérêts — Taux d'intérêt — Paiements en souffrance — Conditions hypothécaires prévoyant un escompte — Mesure législative interdisant au créancier hypothécaire d'imposer des conditions qui ont pour effet d'exiger, sur des arrérages, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré — Est-ce que certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cette mesure législative du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêt prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce qu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance? — Existe-t-il une distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d'escompte, un taux plus bas en l'absence de défaut de paiement? — Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

Heritage Capital Corp. *c.* Équitable, Cie de fiducie 306

Biens — Biens réels — Vente — Droit à des paiements incitatifs découlant d'un contrat incitatif enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Adoption par la Ville d'un arrêté désignant un édifice ressource historique municipale en application de la Historical Resources Act — Conclusion par la Ville avec le propriétaire de l'édifice d'un contrat qui prévoit le versement sur une période de 15 ans de paiements annuels visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation et pour les frais des travaux de restauration, et qui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de l'édifice — Contrat enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Les paiements incitatifs constituent-ils un engagement positif qui se rattache au bien-fonds soit par l'effet de la Historical Resources Act, soit en vertu du contrat entre la Ville et le propriétaire de l'édifice? — Les paiements incitatifs faisaient-ils partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice? — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 29.

Sûretés mobilières — Conclusion par la Ville avec le propriétaire d'un édifice d'un contrat qui prévoit le versement de paiements incitatifs visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation comme ressource historique et pour les frais des travaux de restauration —

Suite à la page suivante

— Building sold in judicial sale — First lender assigning interest in payments to purchaser after closing of sale — Whether priority of interests in payments governed by Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Canada (Attorney General) *v.* Chambre des notaires du Québec 336

Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Professional secrecy of notaries and lawyers — Income tax — Tax audit and collection — Whether ss. 231.2(1) and 231.7 and definition of "solicitor-client privilege" set out in s. 232(1) of Income Tax Act infringe right guaranteed by s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms insofar as they apply to lawyer or notary — If so, whether that impairment can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege".

Taxation — Income tax — Enforcement — Professional secrecy of notaries and lawyers — Statutory provision requiring provision of documents or information for audit or enforcement purposes — Constitutional validity of requirement scheme with respect to notaries and lawyers and of exception for accounting records of lawyer provided for in definition of "solicitor-client privilege" set out in Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege".

Canada (National Revenue) *v.* Thompson 381

Taxation — Income tax — Enforcement — Solicitor-client privilege — Statutory requirement to provide documents or information for purposes of audit and enforcement — Lawyer refusing to comply with request for details about his accounts receivable claiming solicitor-client privilege — Whether definition of "solicitor-client privilege" in Income Tax Act was intended to exclude lawyer's accounting records — Whether Federal Court of Appeal acted appropriately in sending taxpayer's case back to Federal Court — Income Tax Act, R.S.C. 1985,

Continued on next page

Cession par le propriétaire de l'édifice à deux prêteurs successifs du droit aux paiements incitatifs en guise de garantie des prêts — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Cession par le premier prêteur d'un intérêt sur les paiements à l'acheteur après la clôture de la vente — L'ordre de priorité quant aux paiements est-il régi par la Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7?

Canada (Procureur général) *c.* Chambre des notaires du Québec 336

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Impôt sur le revenu — Vérification fiscale et recouvrement — Dans la mesure où les art. 231.2(1) et 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée à l'art. 232(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Disposition législative exigeant la production de documents ou la fourniture de renseignements pour fins de vérification ou d'exécution — Validité constitutionnelle du régime des demandes péremptoires à l'égard des notaires et des avocats et de l'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure dans la loi — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Canada (Revenu national) *c.* Thompson 381

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel de l'avocat — Obligation légale de communiquer des documents ou des renseignements aux fins de vérification ou d'exécution — Secret professionnel invoqué par un avocat pour refuser d'obtempérer à une demande de précisions sur ses comptes clients — Le législateur a-t-il voulu que, dans la Loi de l'impôt sur le revenu, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » exclue les relevés comptables de l'avocat? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu raison

Suite à la page suivante

c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) "solicitor-client privilege".

R. *v.* D.L.W. 402

Criminal law — Bestiality — Elements of offence — Interpretation — Accused convicted of bestiality — Accused put peanut butter on complainant's vagina and had dog lick it off while he videotaped — Whether term "bestiality" has well-understood legal meaning in common law and if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when that term was first introduced in English version of Criminal Code — Whether penetration an essential element of offence of bestiality — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 160.

Rogers Communications Inc. *v.*
Châteauguay (City) 467

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Pith and substance doctrine — Double aspect doctrine — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve is ultra vires city on basis that it relates in pith and substance to exclusive federal power — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Interjurisdictional immunity — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve inapplicable by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

R. *v.* Saeed 518

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant's DNA is present on accused's penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell —

Continued on next page

de renvoyer le dossier du contribuable à la Cour fédérale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

R. *c.* D.L.W. 402

Droit criminel — Bestialité — Éléments de l'infraction — Interprétation — Accusé reconnu coupable de bestialité — Accusé étendant du beurre d'arachides sur le vagin de la plaignante et faisant en sorte que le chien le lèche alors qu'il captait la scène sur bande vidéo — Le terme « bestialité » a-t-il un sens juridique bien défini en common law et, dans l'affirmative, le législateur a-t-il voulu s'écarter de cette signification lorsque ce terme a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du Code criminel? — La pénétration est-elle un élément essentiel de l'infraction de bestialité? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 160.

Rogers Communications Inc. *c.*
Châteauguay (Ville) 467

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine du caractère véritable — Théorie du double aspect — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — L'avis de réserve est-il ultra vires de la compétence de la ville parce que son caractère véritable relève d'une compétence fédérale exclusive? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a), (13), (16).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — La doctrine de l'exclusivité des compétences rend-elle l'avis de réserve inapplicable? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a), (13), (16).

R. *c.* Saeed 518

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l'ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l'accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Police do not attempt to obtain warrant — Complainant's DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

SOMMAIRE (Fin)

de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Krayzel Corporation *Appellant*

v.

The Equitable Trust Company (now continued as Equitable Bank) *Respondent*

- and -

Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson and Heritage Property Corporation *Appellants*

v.

The Equitable Trust Company (now continued as Equitable Bank) *Respondent*

Krayzel Corporation *Appelante*

c.

L'Équitable, Compagnie de fiducie (prorogée depuis sous le nom de Banque Équitable) *Intimée*

- et -

Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson et Heritage Property Corporation *Appelants*

c.

L'Équitable, Compagnie de fiducie (prorogée depuis sous le nom de Banque Équitable) *Intimée*

Indexed as: Krayzel Corp. *v.* Equitable Trust Co.

2016 SCC 18

File No.: 36123.

2015: November 12; 2016: May 6.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : Krayzel Corp. *c.* Équitable, Cie de fiducie

2016 CSC 18

N° du greffe : 36123.

2015 : 12 novembre; 2016 : 6 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Mortgages — Interest — Rate of interest — Payments in arrears — Mortgage terms providing for discount — Legislation precluding mortgagee from imposing terms that have effect of charging higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears — Whether legislation offended by terms of mortgage agreement imposing an "interest rate" that takes effect only where mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at lower "pay rate" of interest or by failing to pay out loan upon maturity — Whether there is distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in event of default, and

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

Hypothèques — Intérêts — Taux d'intérêt — Paiements en souffrance — Conditions hypothécaires prévoyant un escompte — Mesure législative interdisant au créancier hypothécaire d'imposer des conditions qui ont pour effet d'exiger, sur des arrérages, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré — Est-ce que certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cette mesure législative du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêt prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce

(2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in event of no default — Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.

The mortgagor Lougheed Block Inc. ("Lougheed") owned an office building and granted a mortgage to Equitable Trust, to secure a loan of $27 million. The prescribed interest rate was agreed at the prime interest rate plus 2.875 percent *per annum*. Lougheed was unable to pay out the mortgage when it matured on June 30, 2008. Equitable Trust agreed to extend the mortgage term by seven months. The resulting agreement (the "First Renewal Agreement") was made effective August 1, 2008 and carried a *per annum* interest rate of the prime interest rate plus 3.125 percent over the first six months and then 25 percent over the seventh month.

When the First Renewal Agreement matured on March 1, 2009, Lougheed again failed to pay out. On April 28, 2009, it entered into a second mortgage amending agreement with Equitable Trust (the "Second Renewal Agreement"), made effective February 1, 2009 (that is, retroactive to a month prior to the expiration of the First Renewal Agreement). The Second Renewal Agreement provided the following: a *per annum* "interest rate" on the loan of 25 percent; Lougheed was required to make monthly interest payments at the "pay rate" of either 7.5 percent or at the prime interest rate plus 5.25 percent (whichever was greater); the difference between the amount payable at the stated interest rate of 25 percent and the amount payable by Lougheed at the lower rate would accrue to the loan; and if there were no default by Lougheed, the accrued interest would be forgiven.

On May 15, 2009, Lougheed defaulted and Equitable Trust demanded repayment of the loan at the stated rate of 25 percent. The master of the Court of Queen's Bench found both renewal agreements offended s. 8 of the *Interest Act*. The chambers judge of the same court reversed the master's decision, finding that both renewals complied with s. 8. The Court of Appeal was unanimous in

qu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance? — Existe-t-il une distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d'escompte, un taux plus bas en l'absence de défaut de paiement? — Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

La débitrice hypothécaire, Lougheed Block Inc. (« Lougheed »), était propriétaire d'un édifice à bureaux et a consenti à L'Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable ») une hypothèque afin de garantir un emprunt de 27 millions de dollars. Le taux d'intérêt annuel convenu correspondait au taux préférentiel majoré de 2,875 pour 100. Lougheed a été incapable de rembourser l'hypothèque lorsqu'elle est venue à échéance le 30 juin 2008. Équitable a accepté de prolonger de sept mois la condition hypothécaire en cause. La convention qui en a découlé (la « Première convention de renouvellement ») a pris effet le 1er août 2008, et elle prévoyait d'abord un taux d'intérêt annuel égal au taux préférentiel majoré de 3,125 pour 100 applicable durant les premiers six mois, puis un taux de 25 pour 100 applicable au cours du septième mois.

Lorsque la Première convention de renouvellement est venue à échéance le 1er mars 2009, Lougheed a une fois de plus été incapable de rembourser l'hypothèque. Le 28 avril 2009, elle a signé une deuxième hypothèque (la « Seconde convention de renouvellement ») qui modifiait la convention conclue avec Équitable et qui prenait effet rétroactivement le 1er février 2009 (c'est-à-dire un mois avant l'expiration de la Première convention de renouvellement). La Seconde convention de renouvellement prévoyait ce qui suit : un « taux d'intérêt » annuel de 25 pour 100 sur le prêt; l'obligation pour Lougheed d'effectuer des paiements d'intérêts mensuels suivant un « taux payable » (« *Pay Rate* ») correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100; l'ajout au prêt de la somme représentant la différence entre le montant payable par Lougheed selon le taux d'intérêt indiqué de 25 pour 100 et celui payable suivant le taux plus bas; la renonciation par la créancière aux intérêts accumulés en l'absence de défaut de paiement par Lougheed.

Le 15 mai 2009, Lougheed n'a pas effectué le paiement exigible et Équitable a exigé le remboursement du prêt au taux indiqué de 25 pour 100. La protonotaire de la Cour du Banc de la Reine a conclu que les deux conventions de renouvellement contrevenaient à l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*. La juge en cabinet du même tribunal a infirmé la décision de la protonotaire, estimant que les deux

finding that the First Renewal Agreement did not offend s. 8. A majority agreed with the chambers judge that the Second Renewal Agreement also complied with s. 8.

Held (Abella, Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: Section 8 of the Act identifies three classes of charges — a fine, a penalty or a rate of interest — that shall not be stipulated for, taken, reserved or exacted, in a mortgage agreement, if the effect of doing so imposes a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears. Section 2 of the Act preserves a general right of freedom to contract for any rate of interest or discount, with the *caveat* that such freedom is subject to what is otherwise provided for by this Act.

The ordinary sense of the words that Parliament chose to include in s. 8, read together with s. 2 and considered in light of the Act's objects, supports the conclusion that s. 8 applies both to discounts (incentives for performance) as well as penalties for non-performance whenever their effect is to increase the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears. By directing the inquiry to the effect of the impugned mortgage term, Parliament clearly intended that mortgage terms guised as a "bonus", "discount" or "benefit" would not as such comply with s. 8. Substance, not form, is to prevail. What counts is how the impugned term operates, and the consequences it produces, irrespective of the label used. If its effect is to impose a higher rate on arrears than on money not in arrears, then s. 8 is offended.

This appeal can be disposed of by considering the Second Renewal Agreement alone, since its operation was made retroactive to the date (February 1, 2009) on which the rate increase under the First Renewal Agreement took effect. It is clear however that an interest rate increase triggered by the mere passage of time (and not by default), such as that imposed under the First Renewal Agreement, does not offend s. 8.

renouvellements respectaient l'art. 8. À l'unanimité, la Cour d'appel a jugé que la Première convention de renouvellement ne contrevenait pas à l'art. 8. À la majorité, elle a fait sienne l'opinion de la juge en cabinet selon laquelle la Seconde convention de renouvellement respectait également l'art. 8.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver et Côté sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : L'article 8 de la Loi fait état de trois catégories de charges — amendes, pénalités ou taux d'intérêt — qui ne peuvent être stipulées, retenues, réservées ou exigées dans une convention hypothécaire si elles ont pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus de celles imposées sur le principal non arriéré. L'article 2 préserve la liberté générale des parties de convenir du taux d'intérêt ou d'escompte applicable, sous réserve de l'existence dans la Loi d'une disposition à l'effet contraire.

Le sens ordinaire des mots que le Parlement a choisi d'ajouter à l'art. 8 — lus en corrélation avec l'art. 2 et considérés à la lumière des objets de la Loi — étaye la conclusion que l'art. 8 s'applique à la fois aux escomptes (incitatifs à l'exécution) et aux pénalités pour inexécution chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré. En précisant que l'analyse devait porter sur l'effet de la condition hypothécaire attaquée, le législateur entendait clairement indiquer que les conditions hypothécaires déguisées en « boni », « escompte » ou « avantage » ne seraient pas, en tant que telles, conformes à l'art. 8. Le fond, et non la forme, doit l'emporter. Ce qui compte, c'est la manière dont la condition attaquée s'applique et les conséquences qu'elle entraîne, peu importe le nom qu'on lui donne. Si la condition a pour effet d'imposer sur les arrérages un taux plus élevé que celui payable sur la somme non arriérée, elle contrevient à l'art. 8.

Il est possible de trancher le présent pourvoi en analysant seulement la Seconde convention de renouvellement, puisque son application a été fixée rétroactivement à la date (le 1er février 2009) à laquelle a pris effet la majoration du taux d'intérêt prévue par la Première convention de renouvellement. Toutefois, il est évident qu'une hausse du taux d'intérêt déclenchée par le seul écoulement du temps (et non par suite d'un défaut de paiement), telle la hausse imposée en vertu de la Première convention de renouvellement, ne contrevient pas à l'art. 8.

With respect to the Second Renewal Agreement, its effect is to reserve a higher charge on arrears (25 percent) than that imposed on principal money not in arrears (7.5 percent, or the prime interest rate plus 5.25 percent). The labelling of one charge as an "interest rate" and the other as a "pay rate" is of no consequence, given s. 8's explicit concern for substance over form. It follows that the 25 percent *per annum* rate of interest set by the Second Renewal Agreement is void. The interest rate in force under the Second Renewal Agreement as of February 1, 2009 shall be set at the higher of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

Per Abella, Moldaver and Côté JJ. (dissenting): The provisions of the Second Renewal Agreement are clear. The "rate of interest payable on principal money not in arrears" was set at 25 percent throughout the entire term of the agreement, and was to be applied consistently to both principal money not in arrears and principal money or interest in arrears. Interest charges were to be paid each month through actual disbursements and additional financing from the lender. In other words, interest charges calculated on the basis of the 25 percent rate were to be paid monthly, and not simply "taken, reserved or exacted" in the event of default. As a result, the Second Renewal Agreement cannot be said to have had the "effect" of increasing the charge on arrears, which means that s. 8 is not engaged.

Alternatively, the appeal could be dismissed on the basis that s. 8 of the *Interest Act* does not prohibit forgiving discounts — that is, a discount which provides the borrower with some relief from a rate of interest that is chargeable under an agreement, as is the case for the Second Renewal Agreement.

Section 8 sets out an exception to the foundational principle of freedom of contract by prohibiting increased charges on arrears. However, it does not expressly prohibit discounts. The absence of the term "discount" from s. 8 — and its corresponding presence in s. 2 — must inform the Court's interpretation. Moreover, given that s. 8 establishes an exception to the general rule that discounts are permitted, it must be read narrowly and limited to what is necessary to fulfill its purpose. Not all discounts, viewed in their commercial context, will undermine the intended protection for struggling debtors. "Relieving" or "forgiving" interest rate discounts will generally make it easier for struggling mortgage debtors to meet their

Pour ce qui est de la Seconde convention de renouvellement, elle a pour effet de réserver une charge plus élevée (25 pour 100) sur les arrérages que celle imposée sur le principal non arriéré (7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100). Le fait de qualifier une charge de « taux d'intérêt » et l'autre charge de « taux payable » est sans conséquence, étant donné que l'art. 8 met explicitement l'accent sur le fond plutôt que sur la forme. Le taux d'intérêt annuel de 25 pour 100 fixé par la Seconde convention de renouvellement est donc annulé. Le taux d'intérêt en vigueur à compter du 1er février 2009 en vertu de la Seconde convention de renouvellement est établi au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100.

Les juges Abella, Moldaver et Côté (dissidents) : Les clauses de la Seconde convention de renouvellement sont limpides. Le « taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré » qui a été convenu a été fixé à 25 pour 100 pour toute la durée de la convention et il devait s'appliquer de façon uniforme à la fois au principal non arriéré et aux arrérages de principal ou d'intérêt. Le taux d'intérêt était payable mensuellement, par voie de décaissements effectifs effectués par la débitrice et au moyen de fonds additionnels avancés par le prêteur. En d'autres termes, le montant d'intérêt calculé au taux de 25 pour 100 devait être payé mensuellement et non simplement « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut. Ainsi, la Seconde convention de renouvellement n'a pas eu pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages et l'art. 8 n'entre pas en jeu.

Subsidiairement, le pourvoi peut être rejeté au motif que l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* ne prohibe pas les escomptes libératoires — c'est-à-dire les escomptes qui libèrent dans une certaine mesure l'emprunteur des obligations découlant de l'application du taux d'intérêt exigible aux termes d'une convention, comme c'est le cas de la Seconde convention de renouvellement en l'espèce.

L'article 8 constitue une exception au principe fondamental de la liberté contractuelle lorsqu'il prohibe la majoration des charges sur les arrérages. Cependant, cet article n'interdit pas expressément les escomptes. L'absence du mot « escompte » à l'art. 8 — et, à l'inverse, sa présence à l'art. 2 — doivent guider l'interprétation de la Cour. De plus, l'art. 8 étant une exception à la règle générale selon laquelle les escomptes sont permis, il doit être interprété étroitement et son champ d'application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet. Ce ne sont pas tous les escomptes qui, si on les considère dans leur contexte commercial particulier, affaiblissent la protection dont sont censés bénéficier les

payment obligations. If s. 8 is interpreted as prohibiting discounts of this nature, lenders could in the future be discouraged from relieving the interest burden on struggling debtors, a disturbing irony given the purpose for which s. 8 was enacted. The British Columbia Court of Appeal concluded that such a discount does not offend s. 8 in *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376, a decision the majority agrees was correctly decided.

In the instant case, the Second Renewal Agreement, viewed in light of the circumstances in which it was agreed upon, provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations that were then due under the First Renewal Agreement. Holding that the 25 percent interest rate provided for in the Second Renewal Agreement is invalid would not give effect to Parliament's protective purpose; rather, it would reward Lougheed with an unmerited windfall, while Equitable Trust would be denied the interest charges due to it under its agreement even though it has not benefited from prompt payment.

Cases Cited

By Brown J.

Distinguished: *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; **referred to:** *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183; *Dillingham Construction Ltd. v. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Wallingford v. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685; *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *Thompson v. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974; *Beauchamp v. Timberland Investments*

débiteurs en difficulté. Les escomptes « libératoires » ou « exonérateurs » sous forme de réductions du taux d'intérêt permettent généralement aux débiteurs hypothécaires en difficulté de s'acquitter plus facilement de leurs obligations financières. Interpréter l'art. 8 comme ayant pour effet de prohiber ce genre d'escomptes risque de décourager les prêteurs d'alléger le fardeau que constitue le paiement des intérêts pour des débiteurs en difficulté, une troublante ironie compte tenu de l'objectif visé par l'adoption de l'art. 8. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'un escompte de ce genre ne contrevenait pas à l'art. 8 dans l'affaire *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376, décision qui, comme en convient la majorité, était bien fondée.

Considérée à la lumière des circonstances dans lesquelles elle a été conclue, la Seconde convention de renouvellement contestée en l'espèce procurait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s'acquitter des obligations financières que lui imposait la Première convention de renouvellement. Conclure à l'invalidité du taux d'intérêt de 25 pour 100 convenu dans la Seconde convention de renouvellement ne permettrait pas de réaliser l'objectif de protection visé par le législateur fédéral; une telle conclusion aurait plutôt pour résultat de faire bénéficier Lougheed d'un avantage qu'elle n'a pas mérité, alors qu'Équitable serait privée de paiements d'intérêt exigibles et dus suivant la convention, sans avoir bénéficié pour autant d'un prompt remboursement.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Distinction d'avec l'arrêt : *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; **arrêts mentionnés :** *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183; *Dillingham Construction Ltd. c. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Wallingford c. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685; *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *Thompson c. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S.

Ltd. (1983), 44 O.R. (2d) 512; *TD Trust Co. v. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.

By Côté J. (dissenting)

Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 S.C.R. 388; *Inland Revenue Commissioners v. Hinchy*, [1960] A.C. 748; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *York Ventures Ltd. v. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105; *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; *Strode v. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; *Jory v. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77.

Statutes and Regulations Cited

Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate, S.C. 1880, c. 42, s. 3.
Canada Joint Stock Companies' Act, 1877, S.C. 1877, c. 43, s. 97.
Interest Act, R.S.C. 1985, c. I-15, ss. 2, 8.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*, vol. VIII, 2nd Sess., 4th Parl., March 31, 1880, p. 963.
Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/Motor Vehicles, "Mortgages", contributed by Joseph E. Roach. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
Meredith, Arthur C. "A Nicety in the Law of Mortgage" (1916), 32 *L.Q.R.* 420.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

974; *Beauchamp c. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512; *TD Trust Co. c. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 R.C.S. 388; *Inland Revenue Commissioners c. Hinchy*, [1960] A.C. 748; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182; *York Ventures Ltd. c. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105; *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376; *Strode c. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; *Jory c. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77.

Lois et règlements cités

Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière, S.C. 1880, c. 42, art. 3.
Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877, S.C. 1877, c. 43, art. 97.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.
Loi sur l'intérêt, L.R.C. 1985, c. I-15, art. 2, 8.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2e sess., 4e lég., 31 mars 1880, p. 972.
Halsbury's Laws of Canada : Mortgages/Motor Vehicles, « Mortgages », contributed by Joseph E. Roach, Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.
Meredith, Arthur C. « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Telfer, Thomas G. W. "Preliminary Background Paper on the Canada Interest Act", report prepared for the Uniform Law Conference of Canada Annual Conference, Charlottetown, September 2007 (online: www.ulcc.ca/en/annual-meetings/216-2007-charlottetown-pe/civil-section-documents/578-canada-interest-act-preliminary-background-paper-2007).

Waldron, Mary Anne. "The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is it Worth Fixin'?" (1997), 29 *Can. Bus. L.J.* 161.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Waldron, Mary Anne. "The 'Legitimate Commercial Purpose' Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation*" (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and Berger JJ.A. and Nation J. (*ad hoc*)), 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179, 613 W.A.C. 179, 1 Alta. L.R. (6th) 68, 31 B.L.R. (5th) 1, 16 C.B.R. (6th) 121, 376 D.L.R. (4th) 539, 45 R.P.R. (5th) 187, [2014] 10 W.W.R. 705, [2014] A.J. No. 747 (QL), 2014 CarswellAlta 1180 (WL Can.), affirming a decision of Romaine J., 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316, 70 Alta. L.R. (5th) 1, 5 B.L.R. (5th) 79, 95 C.B.R. (5th) 171, 25 R.P.R. (5th) 245, [2013] 2 W.W.R. 186, [2012] A.J. No. 1143 (QL), 2012 CarswellAlta 1876 (WL Can.), which set aside a decision of Master Hanebury, 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136, 44 Alta. L.R. (5th) 35, 81 B.L.R. (4th) 333, 77 C.B.R. (5th) 198, [2011] 7 W.W.R. 773, [2011] A.J. No. 332 (QL), 2011 CarswellAlta 467 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Moldaver and Côté JJ. dissenting.

G. Scott Watson and *Megan V. Stoker*, for the appellants.

Francis Price, *Q.C.*, and *Daina Young*, for the respondent.

Telfer, Thomas G. W. « Document d'information sur la Loi canadienne sur l'intérêt », rapport préparé pour la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, réunion annuelle de Charlottetown, septembre 2007 (en ligne : www.ulcc.ca/fr/reunions-annuelles/217-2007-charlottetown-pe-reunions-annuelles/documents-de-la-section-civile-2007/579-canadienne-sur-linteret-document-dinformation-2007).

Waldron, Mary Anne. « The Federal Interest Act : It Sure is Broke, But is it Worth Fixin'? » (1997), 29 *Rev. can. dr. comm.* 161.

Waldron, Mary Anne. *The Law of Interest in Canada*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1992.

Waldron, Mary Anne. « The "Legitimate Commercial Purpose" Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation* » (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt et Berger et la juge Nation (*ad hoc*)), 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179, 613 W.A.C. 179, 1 Alta. L.R. (6th) 68, 31 B.L.R. (5th) 1, 16 C.B.R. (6th) 121, 376 D.L.R. (4th) 539, 45 R.P.R. (5th) 187, [2014] 10 W.W.R. 705, [2014] A.J. No. 747 (QL), 2014 CarswellAlta 1180 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Romaine, 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316, 70 Alta. L.R. (5th) 1, 5 B.L.R. (5th) 79, 95 C.B.R. (5th) 171, 25 R.P.R. (5th) 245, [2013] 2 W.W.R. 186, [2012] A.J. No. 1143 (QL), 2012 CarswellAlta 1876 (WL Can.), laquelle avait infirmé une décision de la protonotaire Hanebury, 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136, 44 Alta. L.R. (5th) 35, 81 B.L.R. (4th) 333, 77 C.B.R. (5th) 198, [2011] 7 W.W.R. 773, [2011] A.J. No. 332 (QL), 2011 CarswellAlta 467 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Moldaver et Côté sont dissidents.

G. Scott Watson et *Megan V. Stoker*, pour les appelants.

Francis Price, *c.r.*, et *Daina Young*, pour l'intimée.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ. was delivered by

Brown J. —

I. Introduction

[1] Section 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c. I-15, precludes a mortgagee from imposing terms that have the effect of charging a higher rate of interest on money in arrears than that charged on principal money not in arrears. This appeal requires the Court to consider, for the first time, whether this section is offended by terms of a mortgage agreement imposing an "interest rate" that takes effect only where the mortgagor falls into default by failing to make prescribed payments at a lower "pay rate" of interest or by failing to pay out the loan upon maturity. At stake is the significance, for s. 8's purposes, of the putative distinction between (1) terms imposing, by way of penalty, a higher rate in the event of default, and (2) terms reserving, by way of discount, a lower rate in the event of no default. While the master in chambers concluded both sorts of arrangements offend s. 8, the chambers judge and the majority at the Court of Appeal of Alberta concluded that the latter sort of arrangement does not.

[2] This appeal also invites the Court to consider whether mortgage terms providing for a higher interest rate triggered solely by the mere passage of time offend s. 8.

[3] For the reasons that follow, I conclude that a rate increase triggered by the passage of time alone does not infringe s. 8. That said, a rate increase triggered by default does infringe s. 8, irrespective of whether the impugned term is cast as imposing a higher rate penalizing default, or as allowing a

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown rendu par

Le juge Brown —

I. Introduction

[1] L'article 8 de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15, interdit aux créanciers hypothécaires d'imposer dans un contrat d'hypothèque des conditions ayant pour effet d'exiger, sur des arrérages de principal ou d'intérêt, un taux d'intérêt supérieur à celui payable sur le principal non arriéré. Dans le présent pourvoi, notre Cour est pour la première fois appelée à décider si certaines conditions d'une convention hypothécaire contreviennent à cet article du fait qu'elles imposent un « taux d'intérêt » ne prenant effet que si le débiteur hypothécaire est en défaut de paiement soit parce qu'il n'effectue pas les paiements d'intérêts prévus suivant un « taux payable » inférieur, soit parce qu'il ne rembourse pas le prêt à l'échéance. La considération en jeu est la portée, pour l'application de l'art. 8, d'une possible distinction entre (1) des conditions qui imposent, en guise de pénalité, un taux plus élevé en cas de défaut de paiement et (2) des conditions qui réservent, en guise d'escompte, un taux plus bas en l'absence de défaut de paiement. Bien que la protonotaire en chambre ait conclu que les deux types d'arrangement sont contraires à l'art. 8, la juge en cabinet et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que le deuxième ne l'est pas.

[2] La Cour est également appelée en l'espèce à décider si contreviennent à l'art. 8 des conditions hypothécaires qui fixent un taux d'intérêt supérieur et dont l'entrée en vigueur est déclenchée du seul fait de l'écoulement du temps.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'une hausse du taux d'intérêt déclenchée par le seul fait de l'écoulement du temps ne contrevient pas à l'art. 8. Cependant, une hausse déclenchée par un défaut de paiement va à l'encontre de cette disposition, peu importe que la condition attaquée se présente comme

lower rate by way of a reward for the absence of default. I would therefore allow the appeal.

II. Overview of Facts and Proceedings

A. *Background*

[4] From 2003, the appellant Lougheed Block Inc. owned an office building in Calgary against which it had registered various mortgages, including mortgages granted to the appellant Krayzel Corporation and to Heritage Capital Corporation. Then, on November 8, 2006, Lougheed granted a mortgage to the respondent The Equitable Trust Company, through its agent Trez Capital Corporation, to secure a loan of $27 million. The prescribed interest rate was agreed at the prime interest rate plus 2.875 percent *per annum*.

[5] Lougheed was unable to pay out the Equitable mortgage when it matured on June 30, 2008. Equitable agreed to extend the mortgage term by seven months. The resulting agreement, registered on title to the property (the "First Renewal Agreement"), was made effective August 1, 2008 and carried a *per annum* interest rate of the prime interest rate plus 3.125 percent over the first six months and then 25 percent over the seventh month. Both Krayzel and Heritage Capital agreed to postpone their rights under their respective mortgages in favour of Equitable's interest under the First Renewal Agreement.

[6] When the First Renewal Agreement matured on March 1, 2009, Lougheed again failed to pay out. On April 28, 2009, it entered into a second mortgage amending agreement with Equitable (the "Second Renewal Agreement"), made effective February 1, 2009 (that is, retroactive to a month prior to the

une modalité imposant un taux supérieur en guise de pénalité pour cause de défaut de paiement ou consentant un taux inférieur en guise de récompense pour l'absence de défaut de paiement. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Survol des faits et des procédures

A. *Contexte*

[4] En 2003, l'appelante Lougheed Block Inc. était propriétaire d'un édifice à bureaux situé à Calgary et sur lequel elle avait enregistré diverses hypothèques, notamment des hypothèques consenties à l'appelante Krayzel Corporation et à Heritage Capital Corporation. Par la suite, le 8 novembre 2006, Lougheed a consenti une hypothèque à l'intimée L'Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable »), par l'entremise de la mandataire de cette dernière, Trez Capital Corporation, afin de garantir un emprunt de 27 millions de dollars. Le taux d'intérêt annuel convenu correspondait au taux préférentiel majoré de 2,875 pour 100.

[5] Lougheed a été incapable de rembourser l'hypothèque consentie à Équitable lorsqu'elle est venue à échéance le 30 juin 2008. Cette dernière a accepté de prolonger de sept mois la condition hypothécaire en cause. La convention qui en a découlé, enregistrée sur le titre de la propriété (la « Première convention de renouvellement »), a pris effet le 1er août 2008, et elle prévoyait d'abord un taux d'intérêt annuel égal au taux préférentiel majoré de 3,125 pour 100 applicable durant les premiers six mois, puis un taux de 25 pour 100 applicable au cours du septième mois. Krayzel et Heritage Capital ont accepté de différer l'exercice des droits que leur conférait leur hypothèque respective en faveur de l'intérêt accordé à Équitable par la Première convention de renouvellement.

[6] Lorsque la Première convention de renouvellement est venue à échéance le 1er mars 2009, Lougheed a une fois de plus été incapable de rembourser l'hypothèque. Le 28 avril 2009, elle a signé une deuxième hypothèque (la « Seconde convention de renouvellement ») qui modifiait la convention

expiration of the First Renewal Agreement). By its terms, the Second Renewal Agreement provided:

1. a *per annum* "interest rate" on the loan of 25 percent;

2. Lougheed was required to make monthly interest payments *not* at the stated *per annum* rate of 25 percent, but rather at the "pay rate" of either 7.5 percent or at the prime interest rate plus 5.25 percent (whichever was greater);

3. the difference between the amount payable at the stated interest rate of 25 percent and the amount payable by Lougheed at the lower rate would accrue to the loan; and

4. if there were no default by Lougheed (whether on monthly payments or on the principal and on any other outstanding costs and fees payable upon maturity), the accrued interest would be forgiven. In other words, were Lougheed to make all payments in full and on time and to pay out the loan when due, it would be excused from paying the amount representing the difference between interest payable at 25 percent and interest actually paid in accordance with the lower rate.

[7] On May 15, 2009, Lougheed defaulted on the first payment due under the Second Renewal Agreement. Equitable demanded, *inter alia*, repayment of the loan at the stated rate of 25 percent.

B. *Statutory Provisions*

[8] The relevant provisions of the Act are:

2 Except as otherwise provided by this Act or any other Act of Parliament, any person may stipulate for, allow and exact, on any contract or agreement whatever, any rate of interest or discount that is agreed on.

conclue avec Équitable et qui prenait effet rétroactivement le 1er février 2009 (c'est-à-dire un mois avant l'expiration de la Première convention de renouvellement). Voici ce que prévoyait la Seconde convention de renouvellement :

1. Un « taux d'intérêt » annuel de 25 pour 100 sur le prêt.

2. Lougheed devait effectuer des paiements d'intérêts mensuels *non pas* au taux indiqué de 25 pour 100 par année, mais suivant un « taux payable » (appelé « *Pay Rate* » dans la Seconde convention de renouvellement) correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100.

3. La somme représentant la différence entre le montant payable par Lougheed selon le taux d'intérêt indiqué de 25 pour 100 et celui payable suivant le taux plus bas s'ajouterait au prêt.

4. En l'absence de défaut de paiement par Lougheed (que ce soit au titre des paiements d'intérêts mensuels, des versements sur le capital ou encore d'autres coûts et frais dus et payables à l'échéance), il y aurait renonciation par la créancière aux intérêts accumulés. Autrement dit, si Lougheed effectuait tous les versements en entier et à temps, en plus de rembourser le prêt à l'échéance, elle serait dispensée de payer la somme représentant la différence entre les intérêts payables au taux de 25 pour 100 et ceux payés au taux plus bas.

[7] Le 15 mai 2009, Lougheed n'a pas effectué le premier paiement exigible aux termes de la Seconde convention de renouvellement. Équitable a exigé, entre autres, le remboursement du prêt au taux indiqué de 25 pour 100.

B. *Dispositions législatives*

[8] Voici les dispositions pertinentes de la Loi :

2 Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, une personne peut stipuler, allouer et exiger, dans tout contrat ou convention quelconque, le taux d'intérêt ou d'escompte qui est convenu.

8 (1) No fine, penalty or rate of interest shall be stipulated for, taken, reserved or exacted on any arrears of principal or interest secured by mortgage on real property or hypothec on immovables that has the effect of increasing the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears.

(2) Nothing in this section has the effect of prohibiting a contract for the payment of interest on arrears of interest or principal at any rate not greater than the rate payable on principal money not in arrears.

C. *Judicial History*

(1) Court of Queen's Bench of Alberta (Master Hanebury) — 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136

[9] While noting that a mortgage that on its face violates s. 8 could be saved if the transaction revealed a *bona fide* business reason for the increased rate (thereby invoking the "legitimate commercial purpose test", to which I shall return below), the master found that both renewal agreements offended s. 8 of the Act. No legitimate commercial purpose justified the increased interest rate in either agreement. While Lougheed was a sophisticated borrower, it was in a vulnerable position, which was exacerbated by the renewal agreements. For the offending rate of 25 percent, the master substituted the "pay rate" of the greater of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

(2) Court of Queen's Bench of Alberta (Romaine J.) — 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316

[10] The chambers judge reversed the master's decision, finding that both renewals complied with s. 8. Unlike the master, she saw no relevance in the commercial purpose underlying the renewal agreements. In her view, being an exception to the general rule of freedom of contract preserved by s. 2, s. 8 ought to be "strict[ly] or narrow[ly]" construed so long as such an interpretation does not frustrate or impair

8 (1) Il ne peut être stipulé, retenu, réservé ou exigé, sur des arrérages de principal ou d'intérêt garantis par hypothèques sur immeubles ou biens réels, aucune amende, pénalité ou taux d'intérêt ayant pour effet d'élever les charges sur ces arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré.

(2) Le présent article n'a pas pour effet de prohiber un contrat pour le paiement d'intérêt, sur des arrérages d'intérêt ou de principal, à un taux ne dépassant pas celui payable sur le principal non arriéré.

C. *Historique des procédures*

(1) Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la protonotaire Hanebury) — 2011 ABQB 193, 512 A.R. 136

[9] Bien que la protonotaire ait souligné que la validité d'une hypothèque violant à première vue l'art. 8 peut néanmoins être sauvegardée si la transaction révèle que la majoration du taux d'intérêt reposait sur un motif commercial valable (invoquant de ce fait le [TRADUCTION] « critère de la fin commerciale légitime », sur lequel je reviendrai plus loin), elle a conclu que les deux conventions de renouvellement contrevenaient à l'art. 8 de la Loi. Aucune fin commerciale légitime ne justifiait la majoration du taux d'intérêt prévue par l'une et l'autre des conventions. Lougheed était certes une emprunteuse avisée, mais elle se trouvait dans une situation de vulnérabilité qui était exacerbée par les conventions de renouvellement. La protonotaire a substitué au taux attentatoire de 25 pour 100 le « taux payable » correspondant au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel majoré de 5,25 pour 100.

(2) Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Romaine) — 2012 ABQB 411, 550 A.R. 316

[10] La juge en cabinet a infirmé la décision de la protonotaire, estimant que les deux renouvellements respectaient l'art. 8. Contrairement à la protonotaire, elle a considéré que la fin commerciale sous-tendant les conventions de renouvellement n'avait aucune pertinence. Selon elle, comme l'art. 8 constitue une exception à la règle générale de la liberté contractuelle protégée par l'art. 2, il

the Act's purpose (para. 45). Here, a sophisticated borrower chose to adhere to the renewal agreements, "gambling with the chance that it would be able to obtain alternative refinancing if given another year and a half to do so" (para. 59). This was not, she concluded, an instance of the sort of abusive lending practice which s. 8, strictly construed, is intended to capture.

[11] With specific regard to the Second Renewal Agreement, the chambers judge also specifically rejected Heritage Capital's submission, drawing from the decision of Henry J. in *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183 (H.C.J.), that the enactment of s. 8 had abolished "the prior equitable rule" that prohibited penalties by way of increased interest rates on default, but allowed for discounts if the loan is paid punctually (para. 18). While s. 2 allows parties to negotiate any "rate of interest or discount" in a mortgage agreement, she observed that s. 8 is silent with respect to discounts. It followed, therefore, that s. 8 could not be used to strike out discounts freely agreed upon between the parties. The effect of the impugned provision of the Second Renewal Agreement was merely to allow Equitable to give a benefit to Lougheed in the event of debt repayment in accordance with the terms of their agreement, and not to penalize Lougheed in such a manner as to trigger the application of s. 8.

(3) Court of Appeal of Alberta (Hunt J.A. and Nation J. (*ad hoc*), and Berger J.A. (Dissenting)) — 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179

[12] The Court of Appeal was unanimous in finding that the First Renewal Agreement did not offend

doit être interprété [TRADUCTION] « stricte[ment] ou étroite[ment] » (par. 45), dans la mesure où cette interprétation ne va pas à l'encontre de l'objet de la Loi ou n'entrave pas la réalisation de celui-ci. En l'espèce, une emprunteuse avisée a choisi d'adhérer aux conventions de renouvellement, « misant sur sa capacité de trouver d'autres sources de financement si on lui donnait une année et demie de plus pour le faire » (par. 59). De conclure la juge Romaine, il ne s'agissait pas d'une situation de prêt usuraire du genre de celles qui, suivant une interprétation stricte de l'art. 8, seraient visées par cette disposition.

[11] Plus particulièrement en ce qui concerne la Seconde convention de renouvellement, la juge en cabinet a en outre expressément rejeté l'argument d'Heritage Capital, s'appuyant pour ce faire sur la décision rendue par le juge Henry dans *Re Weirdale Investments Ltd. and Canadian Imperial Bank of Commerce* (1981), 32 O.R. (2d) 183 (H.C.J.), selon laquelle l'adoption de l'art. 8 avait aboli [TRADUCTION] « la règle d'equity antérieure » qui prohibait les pénalités prenant la forme de majoration du taux d'intérêt en cas de défaut de paiement, mais permettait les escomptes en cas de remboursement ponctuel de l'emprunt (par. 18). Bien que l'art. 2 autorise les parties à une convention hypothécaire à négocier tout « taux d'intérêt ou [. . .] escompte », la juge a fait observer que l'art. 8 est muet à l'égard des escomptes. En conséquence, cet article ne peut être invoqué pour écarter des escomptes dont ont librement convenu des parties. La stipulation contestée de la Seconde convention de renouvellement avait uniquement pour effet de permettre à Équitable de consentir à Lougheed un avantage si celle-ci remboursait sa dette conformément aux conditions de leur accord, et non de la pénaliser d'une manière qui déclencherait l'application de l'art. 8.

(3) Cour d'appel de l'Alberta (la juge Hunt et la juge Nation (*ad hoc*) ainsi que le juge Berger (dissident)) — 2014 ABCA 234, 577 A.R. 179

[12] La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que la Première convention de renouvellement ne

s. 8. It also agreed with the chambers judge that the lender's motives and the borrower's level of sophistication are irrelevant to determining whether a term offends s. 8.

[13] Where the Court of Appeal diverged was on the Second Renewal Agreement. For the majority, Hunt J.A. agreed with the chambers judge that it complied with s. 8, considering herself bound by *Dillingham Construction Ltd. v. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.). As she read it, *Dillingham* confirmed that s. 8 is directed at penalties for non-performance, not at incentives for punctual payment. In the result, an agreement to reduce the amount owing by the difference between the stated *per annum* interest rate of 25 percent and the stated "pay rate" which the mortgagor was actually required to pay was a permissible incentive.

[14] In dissent, Berger J.A. said that s. 8 prohibits non-penal as well as penal devices where their effect is to impose a rate of interest upon default that is greater than the rate payable over the term of the mortgage prior to default. *Dillingham*, he said, is distinguishable (since in that case *no* interest was payable except upon maturity and after default). And, while recognizing s. 2's preservation of freedom of contract, the Second Renewal Agreement remained by s. 2's very terms subject to what was otherwise provided by the Act (including s. 8) or any other Act of Parliament. On this understanding of s. 8's scope and of its operation relative to s. 2, Berger J.A. concluded that, when Lougheed defaulted and Equitable called the loan, it relied on a term of the Second Renewal Agreement which had the effect of increasing the charge on the principal money in arrears beyond the rate of interest otherwise payable on principal

contrevenait pas à l'art. 8. Elle a également fait sienne l'opinion de la juge en cabinet selon laquelle les motivations du prêteur et le niveau de connaissances de l'emprunteur ne sont pas des considérations pertinentes pour déterminer si une condition contrevient à l'art. 8.

[13] C'est à l'égard de la Seconde convention de renouvellement que les juges de la Cour d'appel ont divergé d'opinions. S'exprimant pour les juges majoritaires, la juge Hunt s'est dite d'accord avec la juge en cabinet pour affirmer que cette convention respectait l'art. 8, s'estimant liée par *Dillingham Construction Ltd. c. Patrician Land Corp.* (1985), 37 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.). Suivant l'interprétation que donne la juge Hunt de cette décision, *Dillingham* confirme que l'art. 8 vise les pénalités pour inexécution, et non les mesures incitatives à la ponctualité dans les paiements. Par conséquent, constituait une mesure incitative autorisée le fait pour les parties de s'entendre pour réduire la somme due de la différence entre les montants payables suivant le taux d'intérêt annuel indiqué de 25 pour 100 et les déboursés d'intérêts que le débiteur hypothécaire était concrètement tenu d'effectuer selon le « taux payable » stipulé.

[14] Dans ses motifs dissidents, le juge Berger a affirmé que l'art. 8 prohibe autant les mesures non pénales que les mesures pénales lorsque de telles mesures ont pour effet d'imposer, en cas de défaut de paiement, un taux d'intérêt supérieur à celui qui est payable pendant la durée de l'hypothèque avant que survienne un défaut de paiement. Selon lui, il est possible de distinguer la présente espèce de l'affaire *Dillingham* (parce que dans la seconde, *aucun* intérêt n'était payable, sauf à l'échéance du prêt et après défaut de paiement). En outre, même si le juge Berger a reconnu que l'art. 2 n'écartait pas la liberté contractuelle, la Seconde convention de renouvellement demeurait, suivant les termes mêmes de l'art. 2, assujettie aux dispositions contraires de la Loi (y compris l'art. 8) ou de toute autre loi fédérale. Sur la base de cette interprétation de la portée de l'art. 8 et de son application par rapport à l'art. 2, le juge Berger a

money not in arrears. This, he held, "runs afoul" of s. 8 (para. 74).

III. Analysis

A. *Section 8 of the Interest Act*

[15] Statutory interpretation entails discerning Parliament's intent by examining the words of a statute in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, in harmony with the statute's schemes and objects: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. Throughout, it must be borne in mind that every statute is deemed remedial and is to be given "such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects": *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

[16] As to the purpose of s. 8, the appellants' principal argument is that, by enacting the predecessor provision to s. 8 in 1880 (*An Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate*, S.C. 1880, c. 42, s. 3), Parliament intended to abolish an equitable rule which allowed for discounts in the form of reduced interest rates for timely performance of a mortgagor's obligations, but which also prohibited penalties in the form of increased interest rates in the event of default. The appellants say that s. 8 therefore precludes *both* discounts and penalties. The respondent says that this argument runs counter to the presumption, rebuttable only by statutory language of "irresistible clearness", that Parliament does not intend to depart from established principles, policies or practices: *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, citing *Goodyear Tire*

conclu que, lorsque Lougheed a manqué à ses obligations et qu'Équitable a réclamé le remboursement du prêt, cette dernière s'est fondée sur une condition de la Seconde convention de renouvellement qui avait pour effet d'élever les charges sur les arrérages de principal au-delà du taux d'intérêt autrement payable sur le principal non arriéré. Une telle situation, a-t-il conclu, [TRADUCTION] « va à l'encontre » de l'art. 8 (par. 74).

III. Analyse

A. *Article 8 de la Loi sur l'intérêt*

[15] Le processus d'interprétation législative consiste à dégager l'intention du législateur en examinant les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi et son objet (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Tout au long de ce processus, il importe de se rappeler que tout texte de loi est censé apporter une solution de droit et « s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12).

[16] Quant à l'objet de l'art. 8, les appelants soutiennent principalement que, en adoptant en 1880 la disposition qui a précédé l'art. 8 (*Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière*, S.C. 1880, c. 42, art. 3), le législateur entendait abolir la règle d'equity qui permettait les escomptes sous forme de réduction du taux d'intérêt en cas d'exécution ponctuelle par un débiteur hypothécaire de ses obligations, mais qui interdisait les pénalités sous forme de majoration du taux d'intérêt en cas de défaut de paiement. D'après les appelants, l'art. 8 prohibe donc *autant* les escomptes *que* les pénalités. Pour sa part, l'intimée affirme que cet argument va à l'encontre de la présomption — réfutable uniquement par une loi formulée de façon « incontestablement claire » — que le législateur n'entend pas s'écarter des principes, politiques ou pratiques établis (*Parry Sound (district), Conseil d'administration des services*

& Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610, at p. 614.

[17] The equitable rule, which appears to have originated in the late 17th century (A. C. Meredith, "A Nicety in the Law of Mortgage" (1916), 32 *L.Q.R.* 420), was summarized by Lord Hatherley in *Wallingford v. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685, at p. 702:

> The other question which was much argued before your Lordships was the question of penalty. I apprehend that there again the case is quite clear. The illustration of the form adopted in mortgages is a very good illustration, I think, of what the true principle is. The form adopted long since — I do not know whether it is still continued or not — in mortgages, was when you wished to reserve in reality interest at 4 per cent., to reserve the interest by contract at 5 per cent., but to mitigate the severity of that contract in the event of the money being paid by a certain day. It is not a penalty on non-payment (though it seems a fine distinction) when you say that your contract shall be made for interest at 5 per cent. to be reduced, in the event of your punctual payment, to 4 per cent; but it is a relaxation of the terms of that original contract, not taking it by way of penalty at all, but a relaxation of your contract which you would merit and purchase by paying at a definite and fixed time. [Emphasis added.]

[18] Lord Hatherley's observation of the rule resting upon "a fine distinction" suggests that its continuing validity was not unquestioned. As Finch C.J.B.C. explained in *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, at paras. 38-39, the rule had already fallen into disfavour as early as 1802. While he also observed (at para. 39) that "[s]ubsequent cases . . . appear to have recognized the distinction previously described", it appears that only one decision issued prior to the original enactment of s. 8 relied upon the rule: *Thompson v. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1.

sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, citant *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614).

[17] La règle d'equity en question, qui semble remonter à la fin du dix-septième siècle (A. C. Meredith, « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420), a été résumée ainsi par lord Hatherley dans *Wallingford c. Mutual Society* (1880), 5 App. Cas. 685, p. 702 :

> [TRADUCTION] L'autre question qui a été abondamment débattue devant vos Seigneuries était celle de la pénalité. J'estime que, là encore, l'affaire est très claire. La démarche adoptée dans les hypothèques constitue, je crois, une très bonne illustration de ce qu'est le véritable principe. La façon de faire retenue depuis longtemps — j'ignore si elle a toujours cours ou pas — dans les hypothèques est que, si vous souhaitez en fait réserver un taux d'intérêt de 4 pour 100, vous réservez par contrat un taux de 5 pour 100, mais vous atténuez la sévérité de ce contrat si l'argent est payé à une date donnée ou avant. Nous ne sommes pas en présence d'une pénalité pour défaut de paiement (quoique cela semble une distinction subtile) si le contrat stipule un taux d'intérêt de 5 pour 100 qui, en cas de paiement ponctuel, sera réduit à 4 pour 100; il s'agit plutôt d'un assouplissement des conditions du contrat initial, dans lequel on ne procède non pas par voie de pénalité, mais par voie d'un assouplissement des conditions qui se mérite et s'obtient en remboursant la dette à une date précise et déterminée. [Je souligne.]

[18] L'observation de lord Hatherley selon laquelle la règle repose sur [TRADUCTION] « une distinction subtile » tend à indiquer que sa validité n'était pas incontestée. Comme l'a expliqué le juge en chef Finch dans *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, par. 38-39, la règle était déjà tombée en défaveur dès 1802. Bien qu'il ait également souligné (au par. 39) que [TRADUCTION], « [d]ans des décisions subséquentes, les tribunaux semblent avoir reconnu la distinction décrite précédemment », il appert que seule une décision rendue avant l'édiction de l'art. 8 soit fondée sur la règle (*Thompson c. Hudson* (1869), L.R. 4 H.L. 1).

[19] This oscillating English caselaw seems a frail basis for finding that the equitable rule identified by the parties subsisted in Canadian law at the time of s. 8's original enactment. Nor does s. 8's legislative history or the jurisprudence clarify whether it applies to both penalties and discounts. As Professor M. A. Waldron has observed, "[l]ike many sections of the *Interest Act*, the primary purpose of section 8 is somewhat obscure": *The Law of Interest in Canada* (1992), at p. 86. In *Reliant Capital* (at para. 48), Finch C.J.B.C. examined the parliamentary debates leading to s. 8's enactment in 1880, and observed that its origins arose from a concern that farmers were at that time becoming "trapped" by loans carrying fines for arrears that were unknown or unclear.

[20] This led Finch C.J.B.C. to state the purpose of s. 8 in these terms:

> Parliament has singled out mortgages on real estate for special treatment, or at least treatment that differs from loans that are not secured on real property. I infer that at least one legislative purpose was to protect the owners of real estate from interest or other charges that would make it impossible for owners to redeem, or to protect their equity. If an owner were already in default of payment under the interest rate charged on monies not in arrears, a still higher rate, or greater charge on the arrears would render foreclosure all but inevitable. [Emphasis added.]

(*Reliant Capital*, at para. 53)

[21] I agree with Finch C.J.B.C. that the purpose of s. 8 is to protect landowners from charges "that would make it impossible for [them] to redeem, or to protect their equity". This understanding of s. 8's purpose also conforms to the recent jurisprudence: *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, at para. 51.

[19] Cette jurisprudence anglaise oscillante semble une assise fragile pour asseoir la conclusion que la règle d'equity mentionnée par les parties a subsisté en droit canadien lorsque la première version de l'art. 8 a été adoptée. On ne trouve aucune indication dans l'évolution législative de l'art. 8 ou dans la jurisprudence pertinente qu'il s'applique autant aux pénalités qu'aux escomptes. Ainsi que l'a fait remarquer la professeure M. A. Waldron, [TRADUCTION] « [c]omme bien d'autres articles de la *Loi sur l'intérêt*, l'objet premier de l'article 8 est quelque peu obscur » (*The Law of Interest in Canada* (1992), p. 86). Dans *Reliant Capital* (par. 48), le juge en chef Finch a étudié les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de l'art. 8 en 1880 et il a souligné que cette disposition découlait de préoccupations que soulevait la situation des agriculteurs qui, à cette époque, se retrouvaient [TRADUCTION] « emprisonnés » dans des contrats d'emprunt assortis de pénalités pour arriérés qui étaient incertaines ou dont ils ne connaissaient pas l'existence.

[20] Cette conclusion a amené le juge en chef Finch à énoncer en ces termes l'objet de l'art. 8 :

> [TRADUCTION] Le législateur a décidé de réserver aux hypothèques sur immeubles un traitement particulier, ou du moins un traitement différent de celui appliqué aux prêts qui ne sont pas garantis par des biens immeubles. J'en déduis qu'au moins un des objectifs poursuivis par le législateur consistait à protéger les propriétaires fonciers des frais d'intérêt ou autres charges qui les empêcheraient de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre. Si un propriétaire est déjà en défaut de paiement en raison du taux d'intérêt imposé sur les sommes non arriérées, un taux encore plus élevé ou une charge encore plus grande sur les arrérages rendra la forclusion pratiquement inévitable. [Je souligne.]

(*Reliant Capital*, par. 53)

[21] Je souscris à l'opinion du juge en chef Finch selon laquelle l'objet de l'art. 8 consiste à protéger les propriétaires fonciers contre les charges [TRADUCTION] « qui les empêcheraient de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre ». Cette interprétation est en outre conforme à la jurisprudence récente sur la question (*P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, par. 51).

[22] On its own, this purpose does not support drawing a distinction between a higher interest rate cast as a penalty for default, and a discounted interest rate for punctual payment. In both cases, the effect is to impose a higher rate of interest on arrears of interest or principal than that payable on principal money not in arrears, thereby making it more difficult for borrowers who are already in default to redeem or protect their equity.

[23] Nor does the posited distinction between penalties and discounts survive a review of the ordinary sense of the words chosen by Parliament in s. 8, read together with s. 2 and in light of the Act's objects.

[24] Section 8(1) identifies three classes of charges — a fine, a penalty or a rate of interest — that shall not be "stipulated for, taken, reserved or exacted" if "the *effect*" of doing so imposes a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears. Section 8(2) affirms that subs. (1) does not prohibit a contract from requiring payment of interest on arrears of interest or principal at a rate equivalent to or lower than that payable on principal money not in arrears.

[25] Had Parliament intended to prohibit only penalties (and not discounts), it would not have included a "fine" or a "rate of interest", in addition to a "penalty", as a type of charge that might also be prohibited: *Immeubles Fournier Inc. v. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 S.C.R. 2, at p. 16; *Tomell Investments Ltd. v. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 974, at pp. 983-84 and 987, per Pigeon J., and p. 977, per Laskin C.J. Further, by directing the inquiry to the *effect* of the impugned mortgage term, Parliament clearly intended that mortgage terms guised as a "bonus", "discount" or "benefit" would not as such comply with s. 8. Substance, not form, is to prevail. What counts is how the impugned term operates, and the consequences it produces, irrespective of the label used. If its effect is to impose a higher rate on arrears than on

[22] Cet objectif ne permet pas à lui seul d'établir une distinction entre une majoration du taux d'intérêt présentée comme une pénalité pour défaut de paiement et une réduction du taux d'intérêt présentée comme un escompte pour paiement ponctuel. Dans les deux cas, la mesure a pour effet d'imposer un taux d'intérêt plus élevé sur les arrérages d'intérêt ou de principal que celui payable sur le principal non arriéré, et de ce fait d'accroître la difficulté qu'ont les emprunteurs déjà en défaut de paiement de libérer leur bien ou de protéger leur avoir propre.

[23] La distinction qui, avance-t-on, existerait entre les pénalités et les escomptes ne résiste pas non plus à une analyse du sens ordinaire des mots employés par le législateur à l'art. 8, lus en corrélation avec ceux de l'art. 2 et à la lumière des divers objets de la Loi.

[24] Le paragraphe 8(1) fait état de trois catégories de charges — amendes, pénalités ou taux d'intérêt — qui ne peuvent être « stipulé[es], retenu[es], réservé[es] ou exigé[es] » si elles ont « pour *effet* » d'élever les charges sur les arrérages au-dessus de celles imposées sur le principal non arriéré. Le paragraphe 8(2) précise que le par. (1) ne prohibe pas les contrats exigeant le paiement d'intérêts sur des arrérages d'intérêt ou de principal à un taux équivalent ou inférieur à celui payable sur le principal non arriéré.

[25] Si le législateur avait eu l'intention d'interdire uniquement les pénalités (et non les escomptes), il n'aurait pas utilisé les mots « amende » et « taux d'intérêt », en sus du mot « pénalité », pour décrire les sortes de charges qui pourraient également être interdites (*Immeubles Fournier Inc. c. Construction St-Hilaire Ltée*, [1975] 2 R.C.S. 2, p. 16; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 974, p. 983-984, 987, le juge Pigeon, et p. 977, le juge en chef Laskin). De plus, en précisant que l'analyse devait porter sur l'*effet* de la condition hypothécaire attaquée, le législateur entendait clairement indiquer que les conditions hypothécaires déguisées en « boni », « escompte » ou « avantage » ne seraient pas, en tant que telles, conformes à l'art. 8. Le fond, et non la forme, doit l'emporter. Ce qui compte, c'est la manière dont la condition attaquée

money not in arrears, then s. 8 is offended: Waldron, at p. 86; *Halsbury's Laws of Canada: Mortgages/ Motor Vehicles* (2011), "Mortgages", contributed by J. E. Roach, at para. HMO-198; *Re Weirdale Investments Ltd.*, at p. 190; *Beauchamp v. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512 (C.A.), at p. 516.

[26] Section 8 must also be read in light of, and harmoniously with, s. 2. As the chambers judge pointed out (at para. 35), s. 2 preserves a general right of freedom to contract for "any rate of interest or discount", with the *caveat* that such freedom is subject to what is "otherwise provided by this Act or any other Act of Parliament". Section 2 is therefore subject to the restriction imposed by s. 8 upon the rate of interest on a loan secured by a mortgage: *Tomell Investments*, at p. 983; *Reliant Capital*, at paras. 34 and 37; *P.A.R.C.E.L.*, at para. 51.

[27] Both the chambers judge and the majority at the Court of Appeal read Parliament's inclusion of "discount" in s. 2, and its omission of the same term in s. 8, to mean that the restrictions in s. 8 do not apply to discounts. In other words, s. 8 confirmed in their view the equitable rule prohibiting penalties for non-performance while allowing for discounts. I disagree. By targeting charges, including rates of interest, that are "*reserved*" for the event of default, s. 8 casts at least as broad a net as s. 2. Given that language, Parliament had no need to specifically mention "discounts" in s. 8 in order to include them within its ambit.

[28] My colleague relies upon s. 97 of *The Canada Joint Stock and Companies' Act, 1877*, S.C. 1877, c. 43, in support of her view that some discounts are permitted under s. 8. That statute, however, was a distinct enactment imposing a narrower set of restrictions upon a broader range of transactions. It applied to all loans, not just to loans secured

s'applique et les conséquences qu'elle entraîne, peu importe le nom qu'on lui donne. Si la condition a pour effet d'imposer sur les arrérages un taux plus élevé que celui payable sur la somme non arriérée, elle contrevient à l'art. 8 (Waldron, p. 86; *Halsbury's Laws of Canada : Mortgages/Motor Vehicles* (2011), « Mortgages », contribution de J. E. Roach, par. HMO-198; *Re Weirdale Investments Ltd.*, p. 190; *Beauchamp c. Timberland Investments Ltd.* (1983), 44 O.R. (2d) 512 (C.A.), p. 516).

[26] L'article 8 doit aussi être interprété à la lumière de l'art. 2 et en harmonie avec celui-ci. Comme l'a souligné la juge en cabinet (au par. 35), l'art. 2 préserve la liberté générale des parties de convenir du « taux d'intérêt ou d'escompte » applicable, sous réserve de l'existence d'une « disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ». La faculté énoncée à l'art. 2 est donc assujettie à la restriction qu'impose l'art. 8 à l'égard du taux d'intérêt sur un prêt garanti par hypothèque (*Tomell Investments*, p. 983; *Reliant Capital*, par. 34 et 37; *P.A.R.C.E.L.*, par. 51).

[27] Tant la juge en cabinet que les juges majoritaires de la Cour d'appel considèrent que l'insertion par le législateur du mot « escompte » à l'art. 2 et son omission à l'art. 8 signifient que les restrictions prévues à l'art. 8 ne s'appliquent pas aux escomptes. Autrement dit, ils estiment que l'art. 8 confirme la règle d'equity proscrivant les pénalités pour inexécution tout en autorisant les escomptes. Je ne suis pas d'accord. Comme l'art. 8 cible les charges — y compris les taux d'intérêt — qui sont « *réservées* » pour cause de défaut de paiement, son champ d'application est au moins aussi large que celui de l'art. 2. Vu ce libellé, le législateur n'avait pas à mentionner explicitement les « escomptes » à l'art. 8 pour qu'ils soient visés par cette disposition.

[28] Au soutien de son opinion selon laquelle certains escomptes sont permis par l'art. 8, ma collègue invoque l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877*, S.C. 1877, c. 43. Toutefois, cette loi constituait un texte distinct, qui imposait un ensemble de restrictions plus limité à un éventail plus large de transactions. En

by a mortgage. Section 8 of the *Interest Act*'s focus on real estate lending makes it difficult to trace its legislative purpose along a straight line to the protections contained in s. 97. Moreover, s. 97 prohibited only the imposition of a "fine" or a "penalty" on money in arrears, whereas s. 8 adds "reserv[ing]" a "rate of interest" to the classes of prohibited charges. Although s. 97 does refer to discounts, its narrower set of restrictions, when contrasted with s. 8, does not support the notion that some discounts are permitted under s. 8.

[29] Nor does the majority of the Court of Appeal's reliance upon *Dillingham* support a conclusion that s. 8 is directed solely at penalties for non-performance (and not at incentives for performance). In *Dillingham*, Stevenson J.A. (as he then was) found that a mortgage term setting interest at 14 percent upon default and after maturity where no other rate was stipulated did not offend s. 8. While Stevenson J.A. stated that s. 8 implemented the equitable rule ("[i]n my opinion the section is directed towards implementing the equitable principle against penalties for non-performance" (p. 196)), he added:

> A stipulation for an increased rate of interest is, prima facie, such a penalty. It is something which, on the face of it, is held in terrorem over a defaulting debtor. So an increase from any stipulated amount of interest falls foul of the principle and the statute. Here, in a transaction which is not a commercial lending transaction, common sense dictates not that the transaction has a nil interest rate, but that it has made unspecified provisions for interest. I say this because it is inconceivable that in entering into this transaction the parties did not appreciate, and make some allowance for, the cost of money in arriving at the terms. It is possible, for example, that the mortgagee, as vendor, made a precise calculation based on the amount payable at maturity. I cannot say that the stipulation for interest at maturity has the effect of increasing the interest component. I am unable to conclude that the particular provision

effet, il s'appliquait à tous les types de prêts, non pas uniquement à ceux garantis par hypothèque. Étant donné que l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* vise le crédit immobilier, il est difficile d'établir un rapprochement direct entre l'objet de cette disposition et les protections figurant à l'art. 97. Qui plus est, l'art. 97 interdisait uniquement l'imposition d'une « amende » ou d'une « pénalité » sur les arrérages, alors que l'art. 8 ajoute aux catégories de charges prohibées le fait de « réserv[er] » un « taux d'intérêt ». Quoique l'art. 97 mentionne effectivement les escomptes, le nombre plus limité de restrictions qu'il prévoit, par comparaison avec l'art. 8, n'appuie pas la proposition selon laquelle certains escomptes sont permis en vertu de l'art. 8.

[29] L'arrêt *Dillingham* sur lequel s'appuient les juges majoritaires de la Cour d'appel ne permet pas non plus de conclure que l'art. 8 vise uniquement les pénalités pour inexécution (et non les mesures incitatives à l'exécution). Dans *Dillingham*, le juge Stevenson (plus tard juge de notre Cour) a conclu que ne contrevenait pas à l'art. 8 une condition hypothécaire fixant à 14 pour 100 le taux d'intérêt payable en cas de défaut de paiement et après l'échéance, dans un cas où aucun autre taux n'était stipulé. Bien qu'il ait affirmé que l'art. 8 mettait en œuvre la règle d'equity ([TRADUCTION] « [à] mon avis, l'article vise à mettre en œuvre le principe d'equity qui interdit les pénalités pour inexécution » (p. 196)), le juge Stevenson a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] Une stipulation prévoyant une majoration du taux d'intérêt constitue à première vue une telle pénalité. Il s'agit d'une mesure qui, de prime à bord, sert à menacer un débiteur défaillant. Par conséquent, l'augmentation du taux d'intérêt stipulé va à l'encontre du principe pertinent et du texte de loi. En l'espèce, où l'on est en présence d'une transaction qui n'est pas un prêt commercial, le bon sens commande de conclure à l'existence non pas d'une opération à taux d'intérêt nul, mais d'une opération ne comportant pas de dispositions précises quant aux intérêts. Si je dis cela, c'est qu'il est inconcevable que, lorsqu'elles ont arrêté les conditions de leur arrangement, les parties n'ont pas songé aux coûts d'emprunt de l'argent ou n'y ont pas pourvu d'une certaine manière. Il se peut, par exemple, que — en tant que vendeur — le créancier hypothécaire ait calculé de façon

is penal and cannot, therefore, say that it comes within the principle which the section embodies. [p. 196]

[30] The reason why the arrangement in *Dillingham* conformed to s. 8 was not that it took the form of a discount, as opposed to a penalty. Rather, it was because the parties were taken to have agreed to fold the cost of borrowing into a single rate of interest (14 percent), to be applied upon default or maturity. So understood, Stevenson J.A.'s reasoning illuminates his concluding reference to whether the provision was "penal". Again, rather than confirming a putative distinction for s. 8's purposes between penalties and discounts, he was simply referring to (in s. 8's language) the *effect* of the impugned term: Waldron, at p. 90. It was not "penal" because its effect was not to impose a higher charge on arrears than that imposed on principal money not in arrears.

[31] In sum, the ordinary sense of the words that Parliament chose to include in s. 8, read together with s. 2 and considered in light of the Act's objects, supports the conclusion that s. 8 applies both to discounts (incentives for performance) as well as penalties for non-performance whenever their effect is to increase the charge on the arrears beyond the rate of interest payable on principal money not in arrears. To that extent, I find myself in respectful disagreement with the majority at the Court of Appeal and with the chambers judge.

[32] I agree, however, with the chambers judge's refusal to consider whether the impugned arrangements had an underlying "legitimate commercial purpose" (para. 61). It is understandable that courts would develop such a technique to infuse s. 8 with what they might see as reflecting reasonable commercial expectations: M. A. Waldron, "The 'Legitimate Commercial Purpose' Test Revisited — Case

précise la somme payable à l'échéance. Je ne peux affirmer que la stipulation imposant un intérêt à l'échéance a pour effet d'augmenter la partie correspondant aux intérêts. Je suis incapable de conclure que la stipulation particulière en cause revêt un caractère pénal et qu'elle est en conséquence visée par le principe qu'exprime l'article de la loi. [p. 196]

[30] Dans *Dillingham*, l'arrangement en cause respectait l'art. 8 non pas parce qu'il prenait la forme d'un escompte par opposition à une pénalité, mais plutôt parce qu'on a considéré que les parties avaient convenu de fixer, à l'égard des coûts de l'emprunt, un taux d'intérêt unique (14 pour 100), qui devait s'appliquer en cas de défaut de paiement ou à l'échéance. Interprété ainsi, le raisonnement du juge Stevenson clarifie la remarque qu'il fait à la fin relativement à la question de savoir si la stipulation avait un caractère « pénal ». Là encore, au lieu de confirmer l'existence d'une possible distinction entre les pénalités et les escomptes pour les besoins de l'art. 8, le juge Stevenson se référait tout simplement (pour reprendre les termes de l'art. 8) à l'*effet* de la condition attaquée (Waldron, p. 90). La stipulation n'avait pas un caractère « pénal », étant donné qu'elle n'avait pas pour effet d'imposer sur les arrérages une charge plus élevée que celle imposée sur le principal non arriéré.

[31] En résumé, le sens ordinaire des mots que le Parlement a choisi d'ajouter à l'art. 8 — lus en corrélation avec l'art. 2 et considérés à la lumière des objets de la Loi — étaye la conclusion que l'art. 8 s'applique à la fois aux escomptes (des incitatifs à l'exécution) et aux pénalités pour inexécution chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arrérages au-dessus du taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré. À cet égard, je suis en désaccord avec la majorité de la Cour d'appel et la juge en cabinet.

[32] Je souscris toutefois au refus de la juge en cabinet d'examiner la question de savoir si les arrangements contestés reposaient sur une [TRADUCTION] « fin commerciale légitime » (par. 61). On peut comprendre que des tribunaux décident d'élaborer un tel critère afin d'intégrer à l'analyse fondée sur l'art. 8 une approche reflétant ce qu'ils considèrent comme des attentes raisonnables en matière commerciale

Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation*" (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101; *TD Trust Co. v. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102 (S.C.), at paras. 17-21; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, at paras. 95-96. Doing so is, however, incompatible with s. 8. Part of the difficulty with the legitimate commercial purpose test is that, as Finch C.J.B.C. observed in *Reliant Capital* (at para. 87), it leads to commercial uncertainty and to s. 8's arbitrary application. More fundamentally, inquiring into the "legitimacy" of the purpose underlying an arrangement that offends s. 8 *not* by its *purpose* but by its *effect* undermines Parliament's clearly expressed intent. The same objection also applies to any attempt, whether achieved by "strict" construction or by focusing on other irrelevant considerations under s. 8 such as the relative degrees of sophistication or bargaining power between the parties, to derogate from the purely results-oriented focus that s. 8 expressly requires. This Court has recently observed that it cannot "do by 'interpretation' what Parliament chose not to do by enactment": *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 53. But the converse is also true: courts may not *un*do by "interpretation" what Parliament chose *to do* by enactment. If s. 8 reflects bad or outdated public policy, the remedy lies with Parliament, not with the courts.

(M. A. Waldron, « The "Legitimate Commercial Purpose" Test Revisited — Case Comment on *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corporation* » (2008), 41 *U.B.C. L. Rev.* 101; *TD Trust Co. c. Guinness* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 102 (C.S.), par. 17-21; *Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, par. 95-96). Cette approche est cependant incompatible avec l'art. 8. Comme l'a indiqué le juge en chef Finch dans *Reliant Capital* (par. 87), la difficulté que crée le critère de la fin commerciale légitime découle en partie du fait qu'il entraîne de l'incertitude en matière commerciale et une application arbitraire de l'art. 8. Plus fondamentalement encore, le fait de s'interroger sur la « légitimité » de l'objet à la base d'un arrangement qui contrevient à l'art. 8 *non* de par son *objet* mais de par son *effet* s'oppose à l'intention clairement exprimée par le législateur. Cette même objection vaut également pour toute tentative de la part des tribunaux — que ce soit en recourant à une interprétation « stricte », ou en s'attachant à d'autres considérations non pertinentes pour l'application de l'art. 8, par exemple le degré d'expertise ou le rapport de force respectifs des parties — de déroger à l'analyse purement axée sur les résultats que requiert expressément l'art. 8. Notre Cour a récemment fait observer qu'elle ne peut « faire "en interprétant" la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l'adoptant » (*Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 53). Mais l'inverse est également vrai : les tribunaux ne peuvent « en interprétant » une loi *dé*faire ce que le législateur a choisi *de faire* en l'adoptant. Si l'art. 8 reflète une politique générale mauvaise ou désuète, la solution relève du législateur, et non des tribunaux.

B. *Application to the First and Second Renewal Agreements*

[33] I am content to dispose of this appeal by considering the Second Renewal Agreement alone, since its operation was made retroactive to the date (February 1, 2009) on which the rate increase under the First Renewal Agreement took effect. That said, an interest rate increase triggered by the mere passage of time (and not by default), such as that imposed

B. *Application aux première et deuxième conventions de renouvellement*

[33] Pour trancher le présent pourvoi, je considère qu'il suffit d'analyser la Seconde convention de renouvellement, puisque son application a été fixée rétroactivement à la date (le 1er février 2009) à laquelle a pris effet la majoration du taux d'intérêt prévue par la Première convention de renouvellement. Cela dit, une hausse du taux d'intérêt

under the First Renewal Agreement, clearly does not offend s. 8.

[34] My colleague and I part company on the significance of the terms of the Second Renewal Agreement. She takes 25 percent to be the effective interest rate thereunder because it was "to be paid each month" (para. 45). She also points to the accrual of the difference between the pay rate and the interest rate as indicative of an effective rate of 25 percent, since this rate "was not to be 'taken, reserved or exacted' in the event of default" (para. 45).

[35] I disagree. Article 1 of the Second Renewal Agreement sets the interest rate at 25 percent *per annum*. Article 3 sets the "pay rate" (being the *per annum* rate applicable to the monthly interest payments Lougheed was required to make) at the greater of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent. By operation of articles 4 and 5, the difference between the interest rate of 25 percent and the pay rate accrues to the principal of the loan, but would be forgiven in the event of no default and repayment in full upon maturity. The effect of this scheme is therefore to reserve a higher charge on arrears (25 percent) than that imposed on principal money not in arrears (7.5 percent, or the prime interest rate plus 5.25 percent). The labelling of one charge as an "interest rate" and the other as a "pay rate" is of no consequence, given s. 8's explicit concern for substance over form.

[36] My colleague also relies on a reading of the relationship between ss. 2 and 8 in concluding that the latter must be read narrowly to allow for some

déclenchée par le seul écoulement du temps (et non par suite d'un défaut de paiement), telle la hausse imposée en vertu de la Première convention de renouvellement, ne contrevient manifestement pas à l'art. 8.

[34] Ma collègue et moi divergeons d'opinions en ce qui a trait à la signification des conditions de la Seconde convention de renouvellement. Elle considère que le taux d'intérêt effectif en vertu de cette convention était de 25 pour 100, parce qu'il devait « être payé chaque mois » (par. 45). Elle ajoute que le fait que les sommes représentant la différence entre le taux payable et le taux d'intérêt stipulé s'accumulent est indicatif de l'application d'un taux d'intérêt effectif de 25 pour 100, étant donné que ce taux « n'était pas "retenu, réservé ou exigé" en cas de défaut de paiement uniquement » (par. 45).

[35] Je ne suis pas d'accord. L'article 1 de la Seconde convention de renouvellement fixe le taux d'intérêt à 25 pour 100 par année. L'article 3 établit le « taux payable » (en l'occurrence le taux annuel applicable aux paiements mensuels d'intérêt que devait effectuer Lougheed) au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100. Par l'effet des art. 4 et 5, la différence entre les intérêts calculés selon le taux d'intérêt de 25 pour 100 et ceux calculés suivant le taux payable s'ajoute au capital du prêt, mais le créancier renonce à cette somme s'il y a absence de défaut de paiement et s'il y a remboursement intégral à l'échéance. Cette formule a donc pour effet de réserver une charge plus élevée (25 pour 100) sur les arrérages que celle imposée sur le principal non arriéré (7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100). Le fait de qualifier une charge de « taux d'intérêt » et l'autre charge de « taux payable » est sans conséquence, puisque l'art. 8 met explicitement l'accent sur le fond plutôt que sur la forme.

[36] Ma collègue s'appuie également sur une lecture corrélative de l'art. 2 et de l'art. 8 pour conclure que la seconde disposition doit être

discounts — specifically, "a discount . . . to provide relief from a higher rate of interest for which payment is already due" (para. 54). She cites *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376 (C.A.), in support.

[37] While I agree that the arrangement provided in *North West* does not run afoul of s. 8, it is distinguishable from the Second Renewal Agreement. The arrangement in *North West* imposed an initial rate of 19 percent. When the borrower defaulted, the parties extended the term and allowed for a reduced rate of 13 percent were the loan paid on time. In the instant case, however, the interest rate escalated over the course of the loan to 25 percent, followed by "relief" under the Second Renewal Agreement amounting to a conditional reduction to an interest rate that was still *nearly three times the originally agreed-upon rate*.

IV. Conclusion and Disposition

[38] I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below. Section 8 of the *Interest Act* applies with equal force to mortgage terms imposing by way of penalty a higher rate in the event of default, and reserving by way of discount a lower rate in the event of no default. It follows that the 25 percent *per annum* rate of interest set by the Second Renewal Agreement is void. The interest rate in force under the Second Renewal Agreement as of February 1, 2009 shall be set at the higher of 7.5 percent and the prime interest rate plus 5.25 percent.

interprétée étroitement, de façon à permettre certains escomptes — plus précisément « un escompte [. . .] en vue d'atténuer les obligations financières découlant de l'application d'un taux d'intérêt plus élevé en vertu duquel des paiements sont déjà exigibles » (par. 54). Au soutien de cette conclusion, elle invoque l'arrêt *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376 (C.A.).

[37] Bien que je reconnaisse que l'arrangement dont il était question dans *North West* ne contrevient pas à l'art. 8, il peut néanmoins être distingué d'avec la Seconde convention de renouvellement. Dans *North West*, le taux initial imposé dans l'arrangement était de 19 pour 100. Lorsque l'emprunteur a manqué à ses obligations, les parties ont prolongé la durée de la convention et stipulé que le taux d'intérêt applicable serait réduit à 13 pour 100 si le prêt était remboursé dans le délai imparti. En l'espèce, toutefois, le taux d'intérêt a grimpé à 25 pour 100 pendant la durée du prêt, puis, dans le cadre de la Seconde convention de renouvellement, il a fait l'objet d'un « assouplissement » sous forme d'une réduction conditionnelle l'abaissant à un taux qui demeurait néanmoins *presque trois fois supérieur au taux convenu originalement*.

IV. Conclusion et dispositif

[38] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures. L'article 8 de la *Loi sur l'intérêt* s'applique avec autant de force aux conditions hypothécaires imposant un taux plus élevé en guise de pénalité applicable en cas de défaut de paiement, qu'aux conditions réservant un taux plus bas en guise d'escompte applicable en l'absence de défaut de paiement. Le taux d'intérêt annuel de 25 pour 100 fixé par la Seconde convention de renouvellement est donc annulé. Le taux d'intérêt en vigueur à compter du 1er février 2009 en vertu de la Seconde convention de renouvellement est établi au plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 ou le taux préférentiel plus 5,25 pour 100.

The reasons of Abella, Moldaver and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. (dissenting) —

I. Introduction

[39] I part ways with my colleague Brown J. because I am of the view that the "rate of interest payable on principal money not in arrears" under the Second Renewal Agreement is actually 25 percent. As a result, the Second Renewal cannot be said to have had the "effect" of increasing the charge on arrears, which means that s. 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1985, c. I-15, is not engaged. This ground alone provides a sufficient basis for dismissing the appeal.

[40] In any event, I am of the view that s. 8 of the *Interest Act* does not prohibit a "forgiving discount" — that is, a discount which provides the borrower with some relief from a rate of interest that is chargeable under an agreement. Section 2 of the *Interest Act* states the general rule that "any rate of interest or discount that is agreed on" is permitted. As an exception to this foundational rule, s. 8 should be read narrowly and its application limited so as to fulfill its purpose of protecting struggling mortgage debtors. In the instant case, the Second Renewal Agreement provided Lougheed Block Inc. with a less onerous path to fulfill its payment obligations and protect its equity. As a result, the Second Renewal Agreement does not offend s. 8.

II. The Second Renewal Agreement Did Not Have the "Effect" of Increasing the Charge on Arrears

[41] In my colleague's view, the only question that needs to be answered when applying s. 8 is whether the impugned provision had the "effect" of increasing

Version française des motifs des juges Abella, Moldaver et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ (dissidente) —

I. Introduction

[39] Je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue le juge Brown, car je suis d'avis que le « taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré » prévu à la Seconde convention de renouvellement est en fait de 25 pour 100. Ainsi, la Seconde convention de renouvellement n'a pas eu pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages et l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*, L.R.C. 1985, c. I-15, n'entre pas en jeu. Ce motif constitue à lui seul une raison suffisante pour rejeter le pourvoi.

[40] Quoi qu'il en soit, j'estime que l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt* ne prohibe pas les « escomptes libératoires » — c'est-à-dire les escomptes qui libèrent dans une certaine mesure l'emprunteur des obligations découlant de l'application du taux d'intérêt exigible aux termes d'une convention. L'article 2 de la *Loi sur l'intérêt* énonce la règle générale précisant que « le taux d'intérêt ou d'escompte qui est convenu » est permis. L'article 8 étant une exception à cette règle fondamentale, il doit être interprété étroitement et son champ d'application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet, à savoir la protection des débiteurs hypothécaires en difficulté. En l'espèce, la Seconde convention de renouvellement offrait à Lougheed Block Inc. un moyen moins onéreux de s'acquitter de ses obligations financières et de protéger son avoir propre. En conséquence, la Seconde convention de renouvellement ne contrevient pas à l'art. 8.

II. La Seconde convention de renouvellement n'a pas eu pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages

[41] De l'avis de mon collègue, la seule question à laquelle il faut répondre lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 8 consiste à se demander si la clause

the charge on arrears. Before answering that question, however, we must first determine what the "rate of interest payable on principal money not in arrears" is.

[42] In my view, the answer is straightforward. The provisions of the Second Renewal Agreement are crystal clear. The "rate of interest payable on principal money not in arrears" was set at 25 percent throughout the entire term of the agreement, and was to be applied consistently to both principal money not in arrears and principal money or interest in arrears.

[43] The Second Renewal Agreement provides as follows:

1. Interest shall be calculated, on the full outstanding Loan balance, at the rate of 25% per annum, compounded monthly, from February 1, 2009 until the date of repayment in full.

. . .

3. [Lougheed] shall be required to make monthly payments, on or before the 15th day of each and every month starting May 15, 2009 and ending January 15, 2010, in an amount equal to the greater of 7.5% per annum, compounded and payable monthly, and Equitable Trust Company Prime Rate + 5.25% per annum, compounded and payable monthly (the "Pay Rate").

4. The difference between the interest payable on the loan, in accordance with paragraph 1 and the interest actually paid at the Pay Rate shall accrue to the Loan (the "Accrued Interest").

. . .

By signing this letter, you also hereby acknowledge that:

. . .

contractuelle contestée avait pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages. Cependant, avant de répondre à cette question, il faut au préalable déterminer quel est le « taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré ».

[42] Selon moi, la réponse est simple. Les clauses de la Seconde convention de renouvellement sont limpides. Le « taux d'intérêt payable sur le principal non arriéré » qui a été convenu a été fixé à 25 pour 100 pour toute la durée de la convention et il devait s'appliquer de façon uniforme à la fois au principal non arriéré et aux arrérages de principal ou d'intérêt.

[43] La Seconde convention de renouvellement comporte notamment les clauses suivantes :

[TRADUCTION]

1. L'intérêt doit être calculé sur l'ensemble du solde impayé du prêt, au taux de 25 pour 100 par année, composé mensuellement, du 1er février 2009 jusqu'à la date du remboursement intégral.

. . .

3. [Lougheed] doit effectuer mensuellement, au plus tard le 15e jour de chaque mois à partir du 15 mai 2009 jusqu'au 15 janvier 2010, des paiements correspondant au montant établi en appliquant le plus élevé des taux suivants : 7,5 pour 100 par année, composé et payable mensuellement, ou le taux préférentiel consenti par L'Équitable, Compagnie de fiducie, + 5,25 pour 100 par année, composé et payable mensuellement (le « Montant payé » (« *Pay Rate* » dans le texte original)).

4. La différence entre les intérêts payables sur le prêt conformément au paragraphe 1 et les intérêts effectivement payés suivant le Montant payé s'ajoute au prêt (les « Intérêts accumulés » (« *Accrued Interest* » dans le texte original)).

. . .

En signant la présente lettre, vous reconnaissez également ce qui suit :

. . .

2. The interest rate payable is 25% per annum, calculated and payable monthly; [Emphasis added.]

[44] By the express terms of the parties' agreement, the interest rate payable was 25 percent. This rate was not to be triggered by default or maturity; rather, it was effective throughout and had to be paid on a monthly basis, through actual disbursements and additional financing from the lender. The amount to be paid as actual disbursements was defined in clause 3 as the "Pay Rate". The remainder — that is to say, the difference between the 25 percent interest rate and the Pay Rate — was to be added each month to the principal of the loan pursuant to clause 4. In other words, it was to be paid monthly through additional interim financing. I stress that interest charges calculated on the basis of the 25 percent rate were to be paid monthly, and not simply "taken, reserved or exacted" in the event of default. According to the clear wording of the Second Renewal Agreement, interest was to be charged each month on the *entire* principal of the loan, which included the amounts added to the principal as interim financing to cover the difference between the agreed interest rate of 25 percent and the Pay Rate.

[45] My colleague finds that in its "effect", the Second Renewal Agreement reserved a higher charge on arrears (25 percent) than the one imposed on principal money not in arrears (the Pay Rate). I respectfully disagree. The 25 percent rate was not to be "taken, reserved or exacted" in the event of default; it was to be paid each month throughout the entire term of the Second Renewal Agreement. That is the way it was booked and that is the way the parties understood it. The possibility of having a portion of these interest payments forgiven does not have the "effect" of reducing the interest that was to be paid monthly on principal money not in arrears.

2. Le taux d'intérêt payable est de 25 pour 100 par année, calculé et payable mensuellement; [Je souligne.]

[44] Selon les termes expressément convenus entre les parties, le taux d'intérêt payable était de 25 pour 100. Ce taux ne devenait pas applicable uniquement en cas de défaut de paiement ou à l'échéance; il constituait plutôt le taux qui était en vigueur pendant toute la durée de la convention et qui était payable mensuellement, par voie de décaissements effectifs effectués par la débitrice et au moyen de fonds additionnels avancés par le prêteur. Le montant de ces décaissements effectifs était défini à la clause 3 et qualifié de « Montant payé ». La différence entre ces décaissements effectifs et les paiements d'intérêt au taux de 25 pour 100 devait être ajoutée chaque mois au capital du prêt en application de la clause 4. En d'autres termes, cette somme était payable mensuellement au moyen de fonds additionnels avancés à titre intérimaire. Je tiens à souligner que le montant d'intérêt calculé au taux de 25 pour 100 devait être payé mensuellement et non simplement « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut. Selon le texte clair des clauses de la Seconde convention de renouvellement, l'intérêt était payable chaque mois sur *la totalité* du capital du prêt, y compris sur les sommes ajoutées au prêt en raison du financement intérimaire consenti pour permettre d'acquitter la différence entre les paiements calculés au taux d'intérêt convenu de 25 pour 100 et ceux correspondant au « Montant payé ».

[45] Mon collègue conclut que l'« effet » de la Seconde convention de renouvellement était de réserver des charges plus élevées sur les arrérages (au taux de 25 pour 100) que celles imposées sur le principal non arriéré (en vertu de ce qu'il appelle le « taux payable » (« *Pay Rate* »)). Avec égards, je suis en désaccord. Le taux de 25 pour 100 n'était pas « retenu, réservé ou exigé » en cas de défaut de paiement uniquement; il devait être payé chaque mois pendant toute la durée de la Seconde convention de renouvellement. C'est ainsi que les intérêts calculés suivant ce taux étaient comptabilisés et considérés par les parties. La possibilité que

Consequently, s. 8 is not engaged. I would dismiss the appeal on the basis of this ground alone.

III. Section 8 Does Not Prohibit All Discounts

[46] Alternatively, I find that the appeal could also have been dismissed on the basis that s. 8 does not prohibit discounts designed to provide relief from a higher rate of interest payable, as is the case for the Second Renewal Agreement.

[47] As I mentioned above, my colleague is of the view that the only question to be asked when applying s. 8 is whether the impugned provision had the "effect" of increasing the charge on arrears. According to him, there is no room for commercial context in this analysis. I agree with my colleague that courts should not take it upon themselves to tailor s. 8 to modern commercial preferences; that is the role of Parliament. However, a purposive and contextual analysis of s. 8 requires that the commercial context be considered. In the instant case, the impugned discount, viewed in light of the circumstances in which it was agreed upon, provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations that were then due under the First Renewal Agreement. Holding that the 25 percent interest rate provided for in the Second Renewal Agreement is invalid would not give effect to Parliament's protective purpose, as my colleague understands it. Rather, it would reward Lougheed with an unmerited windfall.

le débiteur puisse être libéré d'une partie de ces paiements d'intérêt n'a pas eu pour « effet » de réduire l'intérêt qui était payable mensuellement sur le principal non arriéré. En conséquence, l'art. 8 n'entre pas en jeu. Je rejetterais le pourvoi sur la base de ce seul motif.

III. L'article 8 ne prohibe pas tout escompte

[46] Subsidiairement, je conclus que le pourvoi aurait pu également être rejeté au motif que l'art. 8 ne prohibe pas les escomptes visant à libérer dans une certaine mesure le débiteur d'obligations découlant de l'application d'un taux d'intérêt plus élevé par ailleurs exigible, comme c'est le cas de la Seconde convention de renouvellement en l'espèce.

[47] Tel que je l'ai mentionné plus tôt, mon collègue est d'avis que la seule question à laquelle il faut répondre dans le cadre de l'analyse requise sous l'art. 8 consiste à se demander si la clause contractuelle contestée a pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages. Selon lui, il n'y a pas place pour des considérations d'ordre commercial dans cette analyse. Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que les tribunaux ne devraient pas prendre l'initiative d'adapter l'art. 8 en fonction de préférences commerciales modernes; c'est le rôle du Parlement. Toutefois, l'analyse téléologique et contextuelle effectuée sous l'art. 8 requiert la prise en compte du contexte commercial. Considéré à la lumière des circonstances dans lesquelles il a été convenu, l'escompte contesté en l'espèce procurait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s'acquitter des obligations financières que lui imposait la Première convention de renouvellement. Conclure à l'invalidité du taux d'intérêt de 25 pour 100 convenu dans la Seconde convention de renouvellement ne permettrait pas de réaliser l'objectif de protection visé par le législateur fédéral, tel que l'interprète mon collègue. Une telle conclusion aurait plutôt pour résultat de faire bénéficier Lougheed d'un avantage qu'elle n'a pas mérité.

[48] Section 2 of the *Interest Act* affirms freedom of contract in the law of lending and, in so doing, expressly permits discounts: ". . . any person may stipulate for . . . any rate of interest or discount that is agreed on". Section 8 sets out an exception to the foundational principle of freedom of contract by prohibiting increased charges on arrears. However, as my colleague observes, it does not expressly prohibit discounts. The absence of the term "discount" from s. 8 — and its corresponding presence in s. 2 — must inform our interpretation, since every word of a statute must be found to have a meaning and a function (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 211; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at p. 408) and since it is settled law that each provision of a statute is presumed to have been drafted with the others in mind (Sullivan, at pp. 211 and 405-6; *Inland Revenue Commissioners v. Hinchy*, [1960] A.C. 748, at p. 766, per Lord Reid).

[49] In this regard, the legislative history of the *Interest Act* is telling. The earliest incarnation of what are now ss. 2 and 8 of the *Interest Act* — s. 97 of *The Canada Joint Stock Companies' Act, 1877*, S.C. 1877, c. 43 — expressly mentioned and prohibited discounts which have the effect of increasing charges on arrears:

> **97.** The Company may stipulate for, take, reserve and exact any rate of interest or discount that may be lawfully taken by individuals, or in the Province of Quebec by incorporated Companies under like circumstances, and may also receive an annual payment on any loan by way of a sinking fund for the gradual extinction of such loan, upon such terms and in such manner as may be regulated by the by-laws of the Company: Provided always, that no fine or penalty shall be stipulated for, taken, reserved or exacted in respect of arrears of principal or interest, which shall have the effect of increasing the charge in respect of arrears beyond the rate of interest or discount on the loan.

[50] Given that s. 8 establishes an exception to the general rule that discounts are permitted, it must be read narrowly and limited to what is necessary

[48] L'article 2 de la *Loi sur l'intérêt* confirme la liberté contractuelle en droit du financement et, ce faisant, il autorise expressément les escomptes : « . . . une personne peut stipuler [. . .] le taux d'intérêt ou d'escompte qui est convenu ». L'article 8 constitue une exception au principe fondamental de la liberté contractuelle lorsqu'il prohibe la majoration des charges sur les arrérages. Cependant, comme le fait remarquer mon collègue, cet article n'interdit pas expressément les escomptes. L'absence du mot « escompte » à l'art. 8 — et, à l'inverse, sa présence à l'art. 2 — doivent guider notre interprétation, étant donné que chaque mot d'une loi doit se voir attribuer un sens et une fonction (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 211; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, p. 408), et que, selon un principe bien établi, chaque disposition d'une loi est présumée avoir été rédigée en fonction des autres (Sullivan, p. 211, 405-406; *Inland Revenue Commissioners c. Hinchy*, [1960] A.C. 748, p. 766, lord Reid).

[49] À cet égard, l'historique de la *Loi sur l'intérêt* est révélateur. La toute première version législative de ce que sont les art. 2 et 8 actuels de la *Loi sur l'intérêt*, en l'occurrence l'art. 97 de l'*Acte des Compagnies par actions en Canada, 1877*, S.C. 1877, c. 43, mentionnait et prohibait expressément les escomptes ayant pour effet d'augmenter les charges sur les arrérages :

> **97.** La compagnie pourra stipuler, prendre, retenir et exiger tout intérêt ou escompte qui pourra être légalement pris par les particuliers ou, dans la Province de Québec, par ces compagnies incorporées, dans les mêmes circonstances, et elle pourra aussi recevoir sur ses prêts un paiement annuel à titre de fonds d'amortissement pour l'extinction graduelle de ce prêt, aux conditions et de la manière que les règlements de la compagnie établiront; pourvu toujours qu'aucune amende ou pénalité ne sera stipulée, prise, retenue ou exigée à l'égard des arrérages de principal ou d'intérêt, qui aurait l'effet d'accroître les charges à l'égard des arrérages au-delà du taux d'intérêt ou d'escompte sur le prêt.

[50] L'article 8 étant une exception à la règle générale selon laquelle les escomptes sont permis, il doit être interprété étroitement et son champ

to fulfill its purpose: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1207; see also *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at para. 39.

[51] In the context of the case at bar, this narrow reading is appropriate. As Professor Ruth Sullivan points out, "[i]t is impossible for drafters to spell out every qualification or limitation that might appropriately apply in a given set of circumstances", which means that it may be appropriate to narrow the application of a legislative provision in order to remain faithful to the legislature's intent: pp. 195-96; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, at paras. 88-89. Such an approach appears to have been followed by this Court: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533.

[52] The purpose of s. 8 can be gathered from the legislative history and the debate that led up to the enactment of the *Act relating to Interest on moneys secured by Mortgage of Real Estate*, S.C. 1880, c. 42. In *Reliant Capital Ltd. v. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, Finch C.J.B.C. stated the following at para. 48:

> Throughout much of the debate, money lenders were viewed in an unfavourable light and were held largely responsible for the ruin of many farmers and the resulting exodus of farmers from Canada to the United States. Members expressed concern that the real rates of interest were often not clear to borrowers; that the rates of interest were exorbitant; that the fines for arrears were often unknown to or not present in the minds of borrowers; and that borrowers were often trapped by long loans.

[53] Some of these concerns were addressed in various provisions of the resulting Act. For present

d'application doit être limité à ce qui est nécessaire à la réalisation de son objet (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1207; voir aussi *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, par. 39).

[51] Dans le contexte de la présente affaire, cette interprétation étroite est appropriée. Ainsi que le souligne la professeure Ruth Sullivan, comme [TRADUCTION] « [i]l est impossible pour les rédacteurs de prévoir toute réserve ou limite qui pourrait à juste titre s'appliquer dans une situation donnée », il peut être indiqué de restreindre le champ d'application d'une disposition législative afin de demeurer fidèle à l'intention du législateur (p. 195-196; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, par. 88-89). Cette approche semble avoir déjà été suivie par notre Cour (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533).

[52] L'objet de l'art. 8 peut être dégagé de l'historique de l'*Acte concernant l'intérêt sur les deniers garantis par hypothèque sur propriété foncière*, S.C. 1880, c. 42, ainsi que des débats qui ont précédé son adoption. Dans *Reliant Capital Ltd. c. Silverdale Development Corp.*, 2006 BCCA 226, 270 D.L.R. (4th) 717, par. 48, le juge en chef Finch de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a dit ce qui suit à cet égard :

> [TRADUCTION] Pendant la majeure partie des débats, les prêteurs étaient perçus sous un jour défavorable et ils étaient dans une large mesure tenus pour responsables de la ruine de nombreux agriculteurs et de l'exode de fermiers canadiens vers les États-Unis qui en a résulté. Les députés se sont dits préoccupés par le fait que, dans bien des cas, le taux d'intérêt véritable n'était pas clair pour les emprunteurs; que les taux d'intérêt étaient exorbitants; que fréquemment les emprunteurs ignoraient l'existence de pénalités à l'égard des arrérages ou n'y étaient pas attentifs; et que ces emprunteurs se retrouvaient souvent emprisonnés dans des prêts de longue durée.

[53] Le législateur a répondu à certaines de ces préoccupations dans différentes dispositions de la

purposes, there appears to have been one principal mischief which prompted Parliament to introduce s. 3 of that Act, whose wording survives substantially into modern times as s. 8 of the *Interest Act*. Namely, it was considered an abusive practice for lenders to impose a higher fine, penalty or interest rate on defaulting debtors who were already having difficulty meeting their payment obligations. The drafters appear to have been concerned that such higher charges would make it all but impossible for debtors to repay their debts, protect their equity and avoid foreclosure: *Reliant Capital*, at paras. 48-55; *P.A.R.C.E.L. Inc. v. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, at para. 51; T. G. W. Telfer, "Preliminary Background Paper on the Canada Interest Act" (online), at para. 31, citing *Debates of the House of Commons*, vol. VIII, 2nd Sess., 4th Parl., March 31, 1880, at p. 963; M. A. Waldron, "The Federal Interest Act: It Sure is Broke, But is it Worth Fixin'?" (1997), 29 *Can. Bus. L.J.* 161, at pp. 164-65.

[54] My colleague Brown J. concludes that discounts will generally have the "effect" of increasing charges on arrears, but I would note that not *all* discounts, viewed in their commercial context, will undermine the intended protection for struggling debtors. In some cases, a discount may be introduced in a renewal agreement to provide relief from a higher rate of interest for which payment is already due. Such an agreement can hardly be said to be unfair or tainted by abuse, coercion, intimidation or penalty: *Langley Lo-Cost Builders Ltd. v. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, at para. 100; *York Ventures Ltd. v. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105, at para. 43 (CanLII).

[55] The British Columbia Court of Appeal considered one such discount in *North West Life Assur. Co. of Can. v. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376. In that case, an initial mortgage

loi qui en a découlé. Pour les besoins du présent pourvoi, il semble qu'une situation préjudiciable en particulier ait incité le législateur à édicter l'art. 3 de cette loi, disposition dont le texte subsiste encore pour l'essentiel de nos jours et constitue l'art. 8 de la *Loi sur l'intérêt*. Plus précisément, on considérait abusif de la part des prêteurs d'imposer une amende, une pénalité ou un taux d'intérêt plus élevé à des débiteurs défaillants qui éprouvaient déjà de la difficulté à s'acquitter de leurs obligations financières. Les rédacteurs semblaient craindre que, en raison de ces charges plus élevées, il soit pratiquement impossible pour les débiteurs de rembourser leurs dettes, de protéger leur avoir propre et d'éviter la forclusion (*Reliant Capital*, par. 48-55; *P.A.R.C.E.L. Inc. c. Acquaviva*, 2015 ONCA 331, 126 O.R. (3d) 108, par. 51; T. G. W. Telfer, « Document d'information sur la Loi canadienne sur l'intérêt » (en ligne), par. 31, citant les *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 2e sess., 4e lég., 31 mars 1880, p. 972; M. A. Waldron, « The Federal Interest Act : It Sure is Broke, But is it Worth Fixin'? » (1997), 29 *Rev. can. dr. comm.* 161, p. 164-165).

[54] Bien que mon collègue le juge Brown conclue que les escomptes ont généralement pour « effet » d'augmenter les charges sur les arrérages, je tiens à souligner que ce ne sont pas *tous* les escomptes qui, si on les considère dans leur contexte commercial particulier, affaiblissent la protection dont sont censés bénéficier les débiteurs en difficulté. En effet, dans certains cas un escompte peut être convenu dans une convention de renouvellement en vue d'atténuer les obligations financières découlant de l'application d'un taux d'intérêt plus élevé en vertu duquel des paiements sont déjà exigibles. De telles conventions peuvent difficilement être qualifiées d'inéquitables ou d'abusives, ou encore de pénalités ou de mesures de coercition, de contrainte ou d'intimidation (*Langley Lo-Cost Builders Ltd. c. 474835 B.C. Ltd.*, 2000 BCCA 365, 140 B.C.A.C. 182, par. 100; *York Ventures Ltd. c. 0775740 B.C. Ltd.*, 2015 BCSC 1105, par. 43 (CanLII)).

[55] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné un escompte de ce genre dans *North West Life Assur. Co. of Can. c. Kings Mount Hldg. Ltd.* (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 376. Dans cette affaire, la

agreement provided for a 19 percent rate of interest. The borrower had difficulty meeting its payment obligations, and a renewal was agreed to. That renewal agreement stipulated a 19 percent interest rate — continuing the rate applicable under the parties' initial agreement — but provided a discounted 13 percent interest rate in the event of timely payment. The Court of Appeal concluded that it was "not persuaded that the provisions of benefit by way of forgiveness for timely payment of the mortgage debt offends the statute" (p. 380). While my colleague Brown J. insists that s. 8 prohibits discounts "whenever their effect is to increase the charge on the arrears" (para. 31) and that a focus on the commercial context derogates from the "purely results-oriented focus that s. 8 expressly requires" (para. 32), he nevertheless concludes that the relieving discount in issue in *North West* did not offend s. 8.

convention hypothécaire initiale prévoyait un taux d'intérêt de 19 pour 100. L'emprunteur éprouvant de la difficulté à respecter ses obligations financières, les parties ont convenu d'un renouvellement. Cette convention de renouvellement fixait le taux d'intérêt à 19 pour 100 — reconduisant ainsi le taux stipulé dans la convention initiale intervenue entre les parties — mais prévoyait également, à titre d'escompte, la réduction du taux d'intérêt à 13 pour 100 en cas de remboursement ponctuel. La Cour d'appel a déclaré [TRADUCTION] « ne pas être persuadée que le fait d'accorder un avantage au débiteur en l'exonérant de certaines obligations en contrepartie du remboursement ponctuel de sa dette hypothécaire contrevient au texte de la loi » (p. 380). Quoique mon collègue le juge Brown insiste sur le fait que l'art. 8 prohibe les escomptes « chaque fois qu'une telle mesure a pour effet d'élever les charges sur les arrérages » (par. 31) et que le fait de s'attacher au contexte commercial déroge « à l'analyse purement axée sur les résultats que requiert expressément l'art. 8 » (par. 32), il n'en conclut pas moins que l'escompte libératoire en cause dans *North West* ne contrevient pas à l'art. 8.

[56] In the end, these kinds of "relieving" or "forgiving" interest rate discounts will generally make it easier for struggling mortgage debtors to meet their payment obligations. At worst, they will simply leave debtors in the same situation they found themselves in under the terms of their initial agreement. If s. 8 is interpreted as prohibiting discounts of this nature, lenders could in the future be discouraged from relieving the interest burden on struggling debtors, a disturbing irony given the purpose for which s. 8 was enacted.

[56] Ces escomptes « libératoires » ou « exonérateurs » sous forme de réductions du taux d'intérêt permettent généralement aux débiteurs hypothécaires en difficulté de s'acquitter plus facilement de leurs obligations financières. Dans le pire des cas, ils les laissent simplement dans la même situation où ils se trouvaient suivant les conditions de leur convention initiale. Interpréter l'art. 8 comme ayant pour effet de prohiber ce genre d'escomptes risque de décourager les prêteurs d'alléger le fardeau que constitue le paiement des intérêts pour des débiteurs en difficulté, une troublante ironie compte tenu de l'objectif visé par l'adoption de l'art. 8.

[57] Moreover, my colleague's emphasis on a "purely results-oriented focus" means that borrowers in similar circumstances will benefit from a discounted interest rate regardless of the terms of their agreement or whether they pay promptly, while lenders will be deprived of the amounts a borrower had previously agreed to pay even though they have not benefited from timely payment. Concerns such as these led the courts of equity to uphold certain discounts in the 17th and 18th centuries despite the

[57] Qui plus est, en raison de l'importance qu'attache mon collègue à une « analyse purement axée sur les résultats », les emprunteurs se trouvant dans cette situation bénéficieraient de taux d'intérêt réduits peu importe les conditions de leur convention respective ou le fait qu'ils paient ou non promptement leur dette, alors que les prêteurs seraient pour leur part privés de sommes que des emprunteurs auraient accepté auparavant de leur payer, sans avoir bénéficié pour autant d'un remboursement ponctuel.

prohibition on imposing higher charges on arrears in mortgage loans: Lord Keeper Somers in *Strode v. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; Lord Keeper Wright in *Jory v. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77, quoted in A. C. Meredith, "A Nicety in the Law of Mortgage" (1916), 32 *L.Q.R.* 420, at pp. 421-22.

[58] The Second Renewal Agreement is the kind of "relieving" or "forgiving" discount I have discussed. As Justice Romaine found, at the end of the First Renewal Agreement, Lougheed was not in a position to repay the loan principal, which was then subject to a 25 percent interest rate (2012 ABQB 411, 550 A.R. 316). While this 25 percent rate under the First Renewal Agreement was subsequently challenged, a unanimous Court of Appeal found it to be valid and my colleague supports this conclusion. Lougheed, a sophisticated borrower, could have consented to foreclosure, but instead negotiated the Second Renewal Agreement on the chance that its situation would improve. The Equitable Trust Co. agreed to forbear enforcement and extended the term of the loan in return for interest payments at the 25 percent rate already due pursuant to the First Renewal Agreement. On the condition of consistent monthly payments and payment of the principal at maturity, Equitable agreed to give Lougheed a chance to relieve some of its interest burden. All in all, the Second Renewal Agreement provided Lougheed with a less onerous path to fulfill its payment obligations and protect its equity.

[59] For all relevant purposes, the Second Renewal Agreement is indistinguishable from the interest rate discount that was upheld in *North West*, an arrangement that my colleague accepts "does not run afoul" of s. 8 (para. 37). In that case, as here, a renewal agreement provided some relief, on the

Ce sont des préoccupations de cette nature qui ont amené les tribunaux d'equity, au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, à déclarer valides certains escomptes, même s'il était interdit d'imposer des charges plus élevées sur les arrérages de prêts hypothécaires (le Lord Keeper Somers dans *Strode c. Parker* (1694), 2 Vern. 316, 23 E.R. 804; le Lord Keeper Wright dans *Jory c. Cox* (1701), Prec. Ch. 160, 24 E.R. 77, cité dans A. C. Meredith, « A Nicety in the Law of Mortgage » (1916), 32 *L.Q.R.* 420, p. 421-422).

[58] La Seconde convention de renouvellement est le genre d'escompte « libératoire » ou « exonérateur » dont j'ai parlé. Comme la juge Romaine a conclu, à la fin de la période visée par la Première convention de renouvellement, Lougheed n'était pas en mesure de rembourser le capital du prêt, lequel était alors assujetti à un taux d'intérêt de 25 pour 100 (2012 ABQB 411, 550 A.R. 316). Bien que ce taux convenu dans la Première convention de renouvellement ait subséquemment été contesté, la Cour d'appel l'a à l'unanimité jugé valide et cette conclusion n'est pas modifiée par mon collègue. Lougheed, un emprunteur avisé, aurait pu consentir à la forclusion, mais elle a plutôt négocié la Seconde convention de renouvellement dans l'espoir que sa situation s'améliorerait. Équitable a accepté de renoncer à l'exécution de la convention et a prolongé la durée du prêt en contrepartie d'un intérêt au taux de 25 pour 100, taux déjà prévu par la Première convention de renouvellement. À la condition que les paiements mensuels soient effectués régulièrement et que le capital soit remboursé à l'échéance, Équitable a accepté d'accorder à Lougheed la possibilité de se libérer d'une partie de son fardeau au titre des intérêts. En définitive, la Seconde convention de renouvellement fournissait à Lougheed une solution moins onéreuse pour s'acquitter de ses obligations financières et protéger son avoir propre.

[59] En pratique, la Seconde convention de renouvellement ne se distingue pas de l'escompte relatif à une réduction du taux d'intérêt dont la validité a été confirmée dans l'affaire *North West*, arrangement qui, comme l'a reconnu mon collègue, « ne contrevient pas » à l'art. 8 (par. 37). Dans cette

condition of prompt payment, from a rate of interest that had previously been payable and due. We all agree that the 25 percent interest rate that was payable and due at the time of negotiation of the Second Renewal Agreement was valid. The Second Renewal Agreement was therefore genuinely relieving. To complain of the difference between the original interest rate and the discounted rate under the Second Renewal Agreement is to disregard the fact that the interest rate had been validly increased to 25 percent during the last month of the First Renewal Agreement.

IV. Conclusion and Disposition

[60] In sum, if the Second Renewal Agreement's 25 percent interest rate is held to be invalid, Lougheed will benefit from an undeserved windfall, while Equitable will be denied the interest charges due to it under its agreement even though it has not benefited from prompt payment. Section 8 cannot be applied to produce a result that is so foreign to its original purpose of protecting struggling debtors.

[61] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal allowed with costs, ABELLA, MOLDAVER *and* CÔTÉ JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Parlee McLaws, Calgary.

Solicitors for the respondent: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

affaire, tout comme dans celle qui nous occupe, une convention de renouvellement accordait au débiteur, à la condition qu'il rembourse promptement sa dette, un certain allégement du taux d'intérêt qui était jusque-là payable et exigible. Nous reconnaissons tous que le taux d'intérêt de 25 pour 100 qui était payable et exigible au moment de la signature de la Seconde convention de renouvellement était valide. Cette convention avait donc un caractère véritablement libératoire. Se plaindre de l'écart entre le taux d'intérêt original et le taux d'intérêt réduit prévu par la Seconde convention de renouvellement équivaut à faire abstraction du fait que le taux d'intérêt avait été validement haussé à 25 pour 100 durant le dernier mois d'application de la Première convention de renouvellement.

IV. Conclusion et dispositif

[60] En somme, si le taux d'intérêt de 25 pour 100 stipulé dans la Seconde convention de renouvellement est déclaré invalide, Lougheed profitera d'un avantage qu'elle n'a pas mérité, alors qu'Équitable sera privée de paiements d'intérêt exigibles et dus suivant la convention, sans avoir bénéficié pour autant d'un prompt remboursement. L'article 8 ne peut être appliqué d'une manière qui produirait un résultat aussi éloigné de son objectif initial, à savoir la protection des débiteurs en difficulté.

[61] Pour ces motifs, je rejetterais le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER *et* CÔTÉ *sont dissidents.*

Procureurs des appelants : Parlee McLaws, Calgary.

Procureurs de l'intimée : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Heritage Capital Corporation *Appellant*

v.

The Equitable Trust Company (now continued as Equitable Bank), Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson, Heritage Property Corporation, 604 1st Street S.W. Inc. and Krayzel Corp. *Respondents*

Indexed as: Heritage Capital Corp. *v.* Equitable Trust Co.

2016 SCC 19

File No.: 36301.

2016: January 22; 2016: May 6.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Property — Real property — Sale — Right to incentive payments arising under Incentive Agreement registered by caveat on title to land — City adopting by-law designating building as municipal historical resource under Historical Resources Act — City entering into agreement with building owner providing for yearly payments over 15 years to compensate for decrease in economic value due to designation and for cost of rehabilitation work, and imposing restrictions on use of building — Agreement registered by caveat on title to land — Building sold in judicial sale — Whether incentive payments constitute positive covenant running with land either by virtue of Historical Resources Act or by virtue of agreement between City and building owner — Whether incentive payments sold as asset in judicial sale — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, s. 29.

Heritage Capital Corporation *Appelante*

c.

L'Équitable, Compagnie de fiducie (prorogée depuis sous le nom de Banque Équitable), Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson, Heritage Property Corporation, 604 1st Street S.W. Inc. et Krayzel Corp. *Intimés*

Répertorié : Heritage Capital Corp. *c.* Équitable, Cie de fiducie

2016 CSC 19

N° du greffe : 36301.

2016 : 22 janvier; 2016 : 6 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

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

Biens — Biens réels — Vente — Droit à des paiements incitatifs découlant d'un contrat incitatif enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Adoption par la Ville d'un arrêté désignant un édifice ressource historique municipale en application de la Historical Resources Act — Conclusion par la Ville avec le propriétaire de l'édifice d'un contrat qui prévoit le versement sur une période de 15 ans de paiements annuels visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation et pour les frais des travaux de restauration, et qui impose certaines restrictions quant à l'utilisation de l'édifice — Contrat enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Les paiements incitatifs constituent-ils un engagement positif qui se rattache au bien-fonds soit par l'effet de la Historical Resources Act, soit en vertu du contrat entre la Ville et le propriétaire de l'édifice? — Les paiements incitatifs faisaient-ils partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice? — Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 29.

Personal property security — City entering into agreement with building owner providing for incentive payments to compensate for decrease in economic value due to historic resource designation and for cost of rehabilitation work — Building owner assigning right to incentive payments to two successive lenders as security for loans — Building sold in judicial sale — First lender assigning interest in payments to purchaser after closing of sale — Whether priority of interests in payments governed by Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7.

Lougheed Block Inc. ("Lougheed") was the owner of the Lougheed Building, located in downtown Calgary, when it was designated a "Municipal Historical Resource" under the *Historical Resources Act* ("*HRA*") in 2004. In order to compensate Lougheed for any decrease in economic value due to the designation and for expenses incurred in carrying out rehabilitation work to the building, the City of Calgary agreed to pay Lougheed $3.4 million in 15 annual installments ("Incentive Payments"). The agreement ("Incentive Agreement") between Lougheed and the City, which also imposed certain restrictions on the owner of the building in respect of its use, was registered by caveat on title to the land.

In November 2006, Lougheed borrowed money from Equitable Trust. The loan was secured by, among other things, the assignment of the Incentive Agreement. In May 2007, Lougheed obtained additional financing from Heritage Capital Corporation and also assigned to it, as security for the loan, its right to the Incentive Payments. In May 2009, Lougheed defaulted on Equitable Trust's loan. The latter then commenced an action to enforce some of its security. As a consequence, the Lougheed Building was advertised for judicial sale. The parent company of 604 1st Street S.W. Inc. ("604") presented an offer ("604 Offer"), which was accepted in July 2010.

Shortly before the sale's closing date, Lougheed applied to a master of the Court of Queen's Bench for a declaration that the Incentive Payments were not an interest in land and were not included in the assets being sold to 604 in the judicial sale. The master issued the requested declaration. On appeal by 604, a chambers judge of the same court upheld the master's declaration, finding

Sûretés mobilières — Conclusion par la Ville avec le propriétaire d'un édifice d'un contrat qui prévoit le versement de paiements incitatifs visant à indemniser le propriétaire pour la diminution de la valeur économique de l'édifice en raison de sa désignation comme ressource historique et pour les frais des travaux de restauration — Cession par le propriétaire de l'édifice à deux prêteurs successifs du droit aux paiements incitatifs en guise de garantie des prêts — Édifice vendu lors d'une vente sous contrôle de justice — Cession par le premier prêteur d'un intérêt sur les paiements à l'acheteur après la clôture de la vente — L'ordre de priorité quant aux paiements est-il régi par la Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7?

Lougheed Block Inc. (« Lougheed ») était le propriétaire de l'édifice appelé « Lougheed Building » (l'« Édifice »), situé au centre-ville de Calgary, au moment où celui-ci a été désigné « ressource historique municipale » en vertu de la *Historical Resources Act* (« *HRA* ») en 2004. Afin d'indemniser Lougheed pour toute diminution de la valeur économique de l'Édifice en raison de sa désignation et pour des dépenses engagées afin de réaliser les travaux de restauration de l'Édifice, la Ville de Calgary (la « Ville ») a accepté de payer à Lougheed la somme de 3,4 M$ répartie en 15 versements annuels (« Paiements incitatifs »). Le contrat (« Contrat incitatif ») intervenu entre Lougheed et la Ville, qui imposait également au propriétaire de l'Édifice certaines restrictions quant à l'utilisation de celui-ci, a été enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds.

En novembre 2006, Lougheed a emprunté des fonds à L'Équitable, Compagnie de fiducie (« Équitable »). Le prêt a été garanti notamment par la cession du Contrat incitatif. En mai 2007, Lougheed a obtenu du financement additionnel d'Heritage Capital Corporation et lui a cédé à elle aussi, en guise de garantie du prêt, son droit aux Paiements incitatifs. Lougheed a fait défaut de rembourser le prêt consenti par Équitable en mai 2009. Cette dernière a alors intenté une action visant l'exécution d'une partie de sa garantie. Par suite de cette action, l'Édifice a été mis en vente sous contrôle de justice. La société mère de 604 1st Street S.W. Inc. (« 604 ») a présenté une offre (l'« Offre de 604 ») qui a été acceptée en juillet 2010.

Peu avant la date de clôture de la vente, Lougheed a demandé à un protonotaire de la Cour du Banc de la Reine de rendre une décision déclarant que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier et ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Le protonotaire a rendu la décision déclaratoire demandée. 604 a interjeté

that s. 29(3) of the *HRA* did not operate such that the Incentive Payments could run with the land as a positive covenant. On further appeal by 604, the majority of the Court of Appeal allowed the appeal, holding that the *HRA* creates *sui generis* covenants that displace the common law rule that positive covenants do not run with the land.

Held: The appeal should be allowed.

Correctness is the appropriate standard for reviewing the chambers judge's interpretation of the common law, as well as of the *HRA* given that statutory interpretation is a question of law. The palpable and overriding error standard applies to the chambers judge's interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer, since contractual interpretation is a question of mixed fact and law.

Section 29 of the *HRA* does not completely displace the common law rule that positive covenants do not run with the land. Rather, s. 29 limits the positive covenants that may run with the land to those that are in favour of the person or organizations listed at s. 29(1), namely: the Minister; the council of the municipality in which the land is located; the Alberta Historical Resources Foundation; or an historical organization that is approved by the Minister. It does not permit positive covenants in favour of an entity not listed in s. 29(1) to run with the land. An application of the relevant principles of statutory interpretation leads to the conclusion that the exception to the common law rule provided for in s. 29 of the *HRA* should be limited by the precise language of the provision and the underlying purpose of the *HRA*. Had the legislature intended to completely displace the common law rules regarding positive covenants and create *sui generis* covenants and conditions that are enforceable by both the City and the landowner, it would have said so expressly. Section 29 is intended to permit governments and public interest bodies that have no interest in the land or building to enforce covenants and conditions that are in their favour. The chambers judge properly interpreted the *HRA*.

In the case at bar, the right to the Incentive Payments did not become an interest that runs with the land by virtue of the *HRA*. Although the City falls under the

appel et un juge en cabinet du même tribunal a confirmé la décision déclaratoire du protonotaire, estimant que le par. 29(3) de la *HRA* n'avait pas pour effet de permettre le rattachement des Paiements incitatifs au bien-fonds en tant qu'engagement positif. Au terme d'un appel formé subséquemment par 604, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel, statuant que la *HRA* crée des engagements *sui generis* qui écartent la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La décision correcte est la norme applicable pour examiner l'interprétation par le juge en cabinet de la common law, ainsi que de la *HRA* étant donné que l'interprétation d'une loi est une question de droit. C'est la norme de l'erreur manifeste et déterminante qui s'applique à l'interprétation par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l'Offre de 604, car l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

L'article 29 de la *HRA* n'écarte pas complètement la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds. L'article 29 limite plutôt les engagements positifs susceptibles de rattachement au bien-fonds aux seuls engagements de cette nature énoncés en faveur de la personne ou des organisations mentionnées au par. 29(1), à savoir : le ministre, le conseil de la municipalité dans laquelle se trouve le bien-fonds, l'Alberta Historical Resources Foundation ou encore une organisation de conservation du patrimoine agréée par le ministre. Il n'autorise pas le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs énoncés en faveur d'une entité qui n'est pas énumérée au par. 29(1). L'application des principes d'interprétation des lois pertinents mène à la conclusion que la portée de l'exception établie à l'art. 29 de la *HRA* à l'égard de la règle de common law doit être limitée par le langage exprès utilisé dans la disposition et par l'objet qui sous-tend la *HRA*. Si le législateur avait voulu écarter complètement les règles de common law relatives aux engagements positifs et créer des conditions et engagements *sui generis* dont l'exécution peut être demandée tant par la Ville que par le propriétaire foncier, il l'aurait dit en termes exprès. L'article 29 vise à permettre aux gouvernements ou entités à caractère public qui ne possèdent aucun intérêt dans le bien-fonds ou l'immeuble concerné de demander l'exécution des conditions et engagements énoncés en leur faveur. Le juge en cabinet a bien interprété la *HRA*.

Dans la présente affaire, le droit aux Paiements incitatifs n'est pas devenu un intérêt rattaché au bien-fonds par l'effet de la *HRA*. Bien que la Ville fasse partie des

organizations listed in s. 29(1), the covenant to pay the Incentive Payments is not in its favour. Therefore, the Incentive Payments do not run with the land under the *HRA*. Furthermore, the Incentive Agreement itself does not reveal an intention that the Incentive Payments would run with the land. Nothing in the Incentive Agreement indicates that the parties to the agreement intended the payments to go to a future owner; rather, a reasonable interpretation of the agreement is that all the Incentive Payments were intended to go to Lougheed. Therefore, even if the common law rule could be circumvented in the case at bar, 604's claim to the payments would still fail. There is no basis on which to disturb the chambers judge's findings with respect to the contractual interpretation of the Incentive Agreement.

The Incentive Payments were not sold in the judicial sale of the Lougheed Building to 604. The chambers judge's conclusion to that effect is well supported by the evidence, and he did not make a palpable and overriding error in his interpretation of the 604 Offer. There was no indication, express or otherwise, in any of the documents related to the sale that the court intended to sell, or 604 intended to buy, the Incentive Payments.

The Incentive Payments were assigned as security and the order of priorities is therefore governed by the *Personal Property Security Act* ("*PPSA*"). As set out in s. 3(1)(a), the *PPSA* applies to 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. The Incentive Payments are a chose in action, as the right to the payments is merely contractual and is not an interest that runs with the land or that is ancillary to the real property. Therefore, any interests in the payments are not exempt from the *PPSA*. If the parties disagree about the order of priorities under the *PPSA*, this issue alone should be remitted to a master to be decided.

Cases Cited

Referred to: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Austerberry v. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*,

organisations mentionnées au par. 29(1), l'engagement de verser les Paiements incitatifs n'a pas été souscrit en sa faveur. Par conséquent, les Paiements incitatifs ne se rattachent pas au bien-fonds au sens de la *HRA*. De plus, aucune intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds ne ressort du Contrat incitatif lui-même. Le Contrat incitatif ne confirme d'aucune manière que les parties à ce contrat entendaient que les paiements puissent être versés à un futur propriétaire. Au contraire, une façon raisonnable d'interpréter le contrat consiste plutôt à considérer que tous les Paiements incitatifs étaient censés être versés à Lougheed. Par conséquent, même s'il était possible d'éviter l'application de la règle de common law en l'espèce, la demande de 604 visant les paiements devrait néanmoins être rejetée. Il n'y a aucune raison de modifier les conclusions du juge en cabinet relativement à l'interprétation du Contrat incitatif.

Les Paiements incitatifs n'ont pas été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifice à 604. La conclusion du juge en cabinet à ce sujet est amplement étayée par la preuve et il n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de l'Offre de 604. Aucun des documents relatifs à la vente n'indique, expressément ou autrement, que les Paiements incitatifs font partie de la vente, ou que 604 entendait les acheter.

Les Paiements incitatifs ont été cédés à titre de garantie et l'ordre de priorité est en conséquence régi par la *Personal Property Security Act* (« *PPSA* »). Comme l'indique l'al. 3(1)(a), la *PPSA* s'applique à toute opération qui crée essentiellement une sûreté, indépendamment de sa forme et de l'identité de la personne qui possède le titre relatif au bien grevé. Les Paiements incitatifs sont une chose non possessoire, car le droit aux paiements a simplement un caractère contractuel et n'est pas un intérêt rattaché au bien-fonds ou accessoire à l'immeuble. En conséquence, aucune cession relative à ces paiements n'échappe à l'application de la *PPSA*. Si les parties ne s'entendent pas sur l'ordre de priorité régi par la *PPSA*, cette seule question devrait être renvoyée à un protonotaire pour décision.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Austerberry c. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750; *Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310; *Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481; *Westbank Holdings Ltd. c.*

2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Krayzel Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 18, [2016] 1 S.C.R. 273.

Statutes and Regulations Cited

Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, ss. 1(e) "historic resource", 2, 26, 28, 29.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, ss. 3(1)(a), 4(f), (g).

Authors Cited

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
Di Castri, Victor. *Registration of Title to Land*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1987 (loose-leaf updated 2010, release 6).
Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworth & Co., 1961.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (O'Brien, Slatter and Wakeling JJ.A.), 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258, 7 Alta. L.R. (6th) 285, 3 P.P.S.A.C. (4th) 69, 49 R.P.R. (5th) 19, 626 W.A.C. 258, [2015] 3 W.W.R. 139, [2014] A.J. No. 1397 (QL), 2014 CarswellAlta 2280 (WL Can.), setting aside a decision of Jeffrey J., 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337, 77 Alta. L.R. (5th) 276, 1 P.P.S.A.C. (4th) 38, 31 R.P.R. (5th) 253, [2013] A.J. No. 362 (QL), 2013 CarswellAlta 457 (WL Can.), which affirmed a decision of Master Laycock, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200, 52 Alta. L.R. (5th) 414, [2011] A.J. No. 463 (QL), 2011 CarswellAlta 682 (WL Can.). Appeal allowed.

Jeffrey E. Sharpe and *Paul G. Chiswell*, for the appellant.

Westgate Shopping Centre Ltd., 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 18, [2016] 1 R.C.S. 273.

Lois et règlements cités

Historical Resources Act, R.S.A. 2000, c. H-9, art. 1(e) « *historic resource* », 2, 26, 28, 29.
Personal Property Security Act, R.S.A. 2000, c. P-7, art. 3(1)(a), 4(f), (g).

Doctrine et autres documents cités

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et de Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009.
Di Castri, Victor. *Registration of Title to Land*, vol. 1, Toronto, Carswell, 1987 (loose-leaf updated 2010, release 6).
Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed., London, Butterworth & Co., 1961.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges O'Brien, Slatter et Wakeling), 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258, 7 Alta. L.R. (6th) 285, 3 P.P.S.A.C. (4th) 69, 49 R.P.R. (5th) 19, 626 W.A.C. 258, [2015] 3 W.W.R. 139, [2014] A.J. No. 1397 (QL), 2014 CarswellAlta 2280 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Jeffrey, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337, 77 Alta. L.R. (5th) 276, 1 P.P.S.A.C. (4th) 38, 31 R.P.R. (5th) 253, [2013] A.J. No. 362 (QL), 2013 CarswellAlta 457 (WL Can.), laquelle avait confirmé une décision du protonotaire Laycock, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200, 52 Alta. L.R. (5th) 414, [2011] A.J. No. 463 (QL), 2011 CarswellAlta 682 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Jeffrey E. Sharpe et *Paul G. Chiswell*, pour l'appelante.

No one appeared for the respondent The Equitable Trust Company.

Toby D. Schultz, for the respondents the Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson and the Heritage Property Corporation.

Derrick S. Pagenkopf and *Peter Morrison*, for the respondent 604 1st Street S.W. Inc.

No one appeared for the respondent Krayzel Corp.

The judgment of the Court was delivered by

Gascon and Côté JJ. —

I. Overview

[1] At the centre of this appeal is the Lougheed Building in downtown Calgary, which was designated a "Municipal Historic Resource" under the *Historical Resources Act*, R.S.A. 2000, c. H-9 ("*HRA*"). The owner at the time of the designation, Lougheed Block Inc. ("LBI"), agreed to rehabilitate the building and adhere to certain restrictions on its use in exchange for 15 yearly payments ("Incentive Payments") from the City of Calgary ("City") totalling $3.4 million. The purpose of the Incentive Payments, owed under the "Lougheed Building Rehabilitation Incentive Agreement" ("Incentive Agreement"), was to compensate LBI for the restoration and for any decrease in economic value due to the historic resource designation. That agreement was registered by caveat on title to the land pursuant to the *HRA*.

[2] This appeal involves a dispute between one of LBI's creditors, Heritage Capital Corporation ("Heritage"), and the present owner of the Lougheed Building, 604 1st Street S.W. Inc. ("604"), both of which claim a right to the Incentive Payments. At issue is whether the Incentive Payments constitute a positive covenant running with the land by virtue of

Personne n'a comparu pour l'intimée L'Équitable, Compagnie de fiducie.

Toby D. Schultz, pour les intimés Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson et Heritage Property Corporation.

Derrick S. Pagenkopf et *Peter Morrison*, pour l'intimée 604 1st Street S.W. Inc.

Personne n'a comparu pour l'intimée Krayzel Corp.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Les juges Gascon et Côté —

I. Aperçu

[1] L'édifice appelé « Lougheed Building » (l'« Édifice »), situé au centre-ville de Calgary, est au cœur du présent pourvoi. Il a été désigné [TRADUCTION] « ressource historique municipale » en application de la *Historical Resources Act*, R.S.A. 2000, c. H-9 (« *HRA* »). Le propriétaire au moment de la désignation, Lougheed Block Inc. (« LBI »), a accepté de le restaurer et de respecter certaines restrictions quant à son utilisation moyennant 15 paiements annuels (« Paiements incitatifs ») totalisant 3,4 millions de dollars par la Ville de Calgary (« Ville »). Les Paiements incitatifs, dus aux termes du « Lougheed Building Rehabilitation Incentive Agreement » (« Contrat incitatif »), visaient à indemniser LBI pour les frais de restauration et pour toute diminution de la valeur économique de l'Édifice en raison de sa désignation comme ressource historique. Ce contrat a été enregistré par voie de caveat (mise en garde) sur le titre du bien-fonds conformément à la *HRA*.

[2] Le présent pourvoi porte sur un différend entre l'une des créancières de LBI, Heritage Capital Corporation (« Heritage »), et la propriétaire actuelle de l'Édifice, 604 1st Street S.W. Inc. (« 604 »), qui prétendent toutes deux avoir droit aux Paiements incitatifs. Il s'agit de décider si ces paiements constituent un engagement positif (engagement de faire) se

the *HRA*, whether they were sold in the judicial sale of the Lougheed Building, and what the present-day effect is of a number of agreements assigning an interest in the Incentive Payments.

[3] The master in chambers and the chambers judge both found that the Incentive Payments did not run with the land by operation of the *HRA* and that they had not been sold to 604 in the judicial sale. They declined to decide the issue of priority. The majority of the Court of Appeal disagreed, finding that the *HRA* creates *sui generis* covenants that displace the common law rule that positive covenants do not run with the land. They accordingly held that the Incentive Payments ran with the land. O'Brien J.A., dissenting, would have adopted the chambers judge's interpretation of the *HRA*.

[4] We would allow the appeal. Even though, at s. 29(3), the *HRA* provides that a condition or covenant relating to the preservation or restoration of any land or building that is registered on title under s. 29(2) runs with the land and can be enforced whether it is positive or negative, we conclude that the only covenants that run with the land under the *HRA* are those that are in favour of the person or organizations listed in s. 29(1). In the instant case, although the City falls under the listed organizations, the covenant to pay the Incentive Payments is not in its favour. Therefore, the Incentive Payments do not run with the land under the *HRA*. In any event, the Incentive Agreement between LBI and the City shows no intention for the Incentive Payments to run with the land.

[5] We further conclude that the Incentive Payments were not sold in the judicial sale of the Lougheed Building. There was no indication, express or otherwise, in any of the documents related to the sale that the court intended to sell, or 604 intended

rattachant au bien-fonds par application de la *HRA*, s'ils ont été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifice et quel est l'effet actuel d'un certain nombre de contrats de cession d'un intérêt sur les Paiements incitatifs.

[3] Le protonotaire en chambre et le juge en cabinet ont tous deux conclu que les Paiements incitatifs ne se rattachaient pas au bien-fonds par l'effet de la *HRA* et qu'ils n'ont pas été vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Le protonotaire et le juge ont refusé de statuer sur la question de la priorité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas souscrit à ces conclusions, estimant que la *HRA* crée des engagements *sui generis* qui écartent la règle de common law selon laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds. Ils ont en conséquence jugé que les Paiements incitatifs se rattachaient au bien-fonds. Le juge O'Brien, dissident, aurait fait sienne l'interprétation qu'a adoptée le juge en cabinet de la *HRA*.

[4] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Même si le par. 29(3) de la *HRA* prévoit qu'une condition ou un engagement lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble et enregistré sur le titre en application du par. 29(2) se rattache au bien-fonds et est susceptible d'exécution, que cette condition ou cet engagement soit de nature positive ou négative, nous concluons que les seuls engagements se rattachant au bien-fonds qui sont visés par la *HRA* sont ceux énoncés en faveur de la personne ou des organisations mentionnées au par. 29(1). En l'espèce, bien que la Ville fasse partie des organisations mentionnées, l'engagement de verser les Paiements incitatifs n'a pas été souscrit en sa faveur. Par conséquent, les Paiements incitatifs ne se rattachent pas au bien-fonds au sens de la *HRA*. Par ailleurs, le Contrat incitatif intervenu entre LBI et la Ville n'indique d'aucune façon que celles-ci avaient l'intention que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds.

[5] Nous concluons aussi que les Paiements incitatifs n'ont pas été inclus dans la vente sous contrôle de justice de l'Édifice. Aucun des documents relatifs à la vente n'indique, expressément ou autrement, que les Paiements incitatifs font partie de la vente,

to buy, the Incentive Payments. Granting the payments to 604 as the current owner would create an undeserved windfall and would have no commercial rationale. Lastly, we find that the Incentive Payments were assigned as security and that the order of priorities is therefore governed by the *Personal Property Security Act*, R.S.A. 2000, c. P-7 ("*PPSA*"). To the extent that the parties disagree about the effect of the *PPSA*, we would remit the matter to a master in chambers for determination on the priority issue alone.

ou que 604 entendait les acheter. Accorder ces Paiements à 604 en sa qualité de propriétaire actuelle lui procurerait un avantage auquel elle n'a pas droit et n'aurait aucune logique sur le plan commercial. Enfin, nous estimons que les Paiements incitatifs ont été cédés à titre de garantie et que l'ordre de priorité est en conséquence régi par la *Personal Property Security Act,* R.S.A. 2000, c. P-7 (« *PPSA* »). Dans la mesure où les parties ne s'entendent pas sur l'effet de la *PPSA*, nous sommes d'avis de renvoyer l'affaire à un protonotaire en chambre à la seule fin de trancher la question de la priorité.

II. Facts

II. Faits

[6] LBI acquired the Lougheed Building in 2003. It owned the building at the time it was designated a "Municipal Historic Resource" under s. 26 of the *HRA* in a bylaw passed by the City in 2004. Following the designation, LBI and the City entered into the Incentive Agreement in 2006. It provided that LBI would carry out rehabilitation work on the building and that, upon completion of the work, the City would begin paying LBI $3.4 million in Incentive Payments, in 15 annual instalments. The purpose of the Incentive Payments was twofold: to satisfy, pursuant to s. 28 of the *HRA*, all of LBI's rights to compensation from the City for the loss of economic value sustained as a result of the passage of the designating bylaw and to compensate LBI for expenses incurred in carrying out the rehabilitation work. This work was required to repair the building and restore it to its original appearance of 1912. LBI completed the rehabilitation work in 2007 and started receiving the Incentive Payments shortly thereafter.

[6] LBI a acquis l'Édifice en 2003. Elle en était la propriétaire au moment où il a été désigné « ressource historique municipale » en vertu de l'art. 26 de la *HRA* au moyen d'un arrêté adopté par la Ville en 2004. Après la désignation, LBI et la Ville ont conclu en 2006 le Contrat incitatif. Ce contrat prévoyait que LBI procéderait à des travaux de restauration de l'immeuble et qu'une fois les travaux achevés, la Ville commencerait à lui verser, au titre des Paiements incitatifs, la somme de 3,4 M$ répartie en 15 versements annuels. Ces paiements visaient un double objectif : satisfaire, en conformité avec l'art. 28 de la *HRA*, l'ensemble des droits de LBI d'être indemnisée par la Ville pour toute perte de valeur économique résultant de l'arrêté municipal de désignation et pour des dépenses engagées afin de réaliser les travaux de restauration. Ces travaux étaient nécessaires pour réparer l'Édifice et le restaurer afin de lui redonner l'apparence qu'il avait à l'origine, en 1912. LBI a terminé les travaux de restauration en 2007 et a commencé à recevoir les Paiements incitatifs peu de temps après.

[7] The Incentive Agreement also imposed certain restrictions on the owner of the Lougheed Building, namely:

> 8.4 The Building and Land shall be used for commercial purposes and no other purpose until all Yearly Installments have been paid pursuant to this Agreement.

[7] Le Contrat incitatif imposait également à la propriétaire de l'Édifice certaines restrictions :

[TRADUCTION]

> 8.4 L'immeuble et le bien-fonds doivent être utilisés exclusivement à des fins commerciales jusqu'à ce que tous les versements annuels aient été effectués conformément au présent contrat.

8.5 The Owner shall use its best efforts to ensure that performance space is maintained within that portion of the Building that is currently referred to as the Grand Theatre.

[8] As was stipulated in clause 8.3, the Incentive Agreement was registered by caveat on title to the land. The entire agreement was attached to the caveat as a schedule.

[9] In November 2006, LBI borrowed money from The Equitable Trust Company, since continued as the Equitable Bank ("Equitable"). The loan was secured by a mortgage, a general security agreement, and assignments of a range of agreements, including the Incentive Agreement (collectively the "Equitable Assignment"). Equitable filed a financing statement at the Personal Property Registry at that time. In May 2007, LBI obtained additional financing from Heritage, and also assigned its right to the Incentive Payments to Heritage as security for the loan (the "Heritage Assignment"). In May 2009, LBI defaulted on the Equitable loan, and in June 2009, Equitable commenced an action to enforce some of its security. The Lougheed Building was advertised for judicial sale in March 2010. In June 2010, 604's parent company presented an offer to buy the property (the "604 Offer"), which was accepted in July 2010 by means of an "Order Confirming Sale" issued by the Court of Queen's Bench.

[10] Towards the end of August 2010, shortly before the sale's closing date, LBI applied to a master in chambers for a declaration that the Incentive Payments were not an interest in land and were not included in the assets being sold to 604. After hearing the parties' submissions, the master adjourned the application without deciding the issue, on the condition that the transaction would close as scheduled on September 1, 2010, without prejudice to the parties' rights on the issue of entitlement to the Incentive Payments. After the closing, Equitable executed a specific assignment of its interest in the Incentive Agreement to 604 (the "604 Assignment"). The Heritage Assignment was only registered at the Personal Property Registry in October 2010. There is no evidence on the record in this

8.5 La propriétaire doit mettre tout en œuvre pour assurer la préservation de la salle de spectacle dans la partie de l'immeuble appelée présentement Grand Theatre.

[8] Comme le prévoyait la clause 8.3, le Contrat incitatif a été enregistré par voie de caveat sur le titre du bien-fonds. Le Contrat complet a été joint en annexe au caveat.

[9] En novembre 2006, LBI a emprunté des fonds à L'Équitable, Compagnie de fiducie, prorogée depuis sous le nom de Banque Équitable (« Équitable »). Le prêt a été garanti par une hypothèque, un contrat général de sûreté et la cession de divers contrats, y compris le Contrat incitatif (collectivement appelés la « Cession en faveur d'Équitable »). Équitable a alors déposé un état financier au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières. En mai 2007, LBI a obtenu du financement additionnel d'Heritage et lui a cédé son droit aux Paiements incitatifs en guise de garantie du prêt (la « Cession en faveur d'Heritage »). LBI ayant fait défaut de rembourser le prêt consenti par Équitable en mai 2009, cette dernière a intenté une action visant l'exécution d'une partie de sa garantie en juin 2009. L'Édifice a été mis en vente sous contrôle de justice en mars 2010. En juin 2010, la société mère de 604 a présenté une offre d'achat (l'« Offre de 604 ») qui a été acceptée en juillet 2010 par le biais d'une [TRADUCTION] « Ordonnance de confirmation de la vente » rendue par la Cour du Banc de la Reine.

[10] Vers la fin d'août 2010, peu avant la date de clôture de la vente, LBI a demandé à un protonotaire en chambre de rendre une décision déclarant que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier et ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus à 604. Après avoir entendu les plaidoiries des parties, le protonotaire a ajourné la séance sans trancher la question litigieuse, à la condition que la vente soit conclue comme prévu le 1er septembre 2010, sans préjudice aux droits des parties relativement aux Paiements incitatifs. Après la clôture de la vente, Équitable a signé en faveur de 604 un contrat de cession spécifique de son intérêt dans le Contrat incitatif (la « Cession en faveur de 604 »). La Cession en faveur d'Heritage a seulement été enregistrée au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières

Court that the 604 Assignment was registered at the Personal Property Registry before the Heritage Assignment.

[11] It is undisputed that 604, as the owner of the Lougheed Building, is subject to the covenants in favour of the City set out in clauses 8.4 and 8.5 of the Incentive Agreement, which restrict the building's use. In 604's submission, as a result of the registration of the entire Incentive Agreement on title pursuant to s. 29 of the *HRA*, the Incentive Payments also constitute a positive covenant running with the land to which 604 is entitled as the new owner of the Lougheed Building. In the alternative, 604 submits that the Incentive Payments were among the assets sold in the judicial sale.

[12] Heritage is supported by LBI in its argument that the *HRA* does not allow the Incentive Payments to run with the land, that the right to the Incentive Payments is merely contractual and that the parties to the Incentive Agreement never intended these payments to run with the land. It also submits that the Incentive Payments were not sold as an asset in the judicial sale. Therefore, Heritage argues that as a creditor to LBI, it was assigned the Incentive Payments as security, and that it has priority with respect to these payments because its security was registered under the *PPSA* first.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200*

[13] Master Laycock granted the order sought by LBI, declaring that the Incentive Payments were not an interest in land. In his view, the scheme of the *HRA* required the City to compensate the owner of the property at the time the land or building was designated a historic resource. He concluded that the parties to the Incentive Agreement had intended

en octobre 2010. Il n'y a au dossier dont dispose notre Cour aucun élément de preuve indiquant que la Cession en faveur de 604 a été enregistrée au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières avant la Cession en faveur d'Heritage.

[11] Personne ne conteste qu'à titre de propriétaire de l'Édifice, 604 est assujettie aux engagements stipulés en faveur de la Ville aux clauses 8.4 et 8.5 du Contrat incitatif restreignant l'utilisation qui peut être faite de l'immeuble. 604 prétend que, par suite de l'enregistrement du Contrat incitatif complet sur le titre conformément à l'art. 29 de la *HRA*, les Paiements incitatifs constituent eux aussi un engagement positif qui se rattache au bien-fonds et au bénéfice duquel a droit 604 en qualité de nouvelle propriétaire de l'Édifice. Subsidiairement, 604 soutient que les Paiements incitatifs faisaient partie des éléments d'actif visés par la vente sous contrôle de justice.

[12] Heritage prétend, avec l'appui de LBI, que la *HRA* ne permet pas le rattachement des Paiements incitatifs au bien-fonds, que le droit à ces paiements est simplement de nature contractuelle et que l'intention des parties au Contrat incitatif n'a jamais été que ces paiements soient rattachés au bien-fonds. Toujours selon Heritage, les Paiements incitatifs ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus lors de la vente sous contrôle de justice. En conséquence, elle fait valoir qu'en qualité de créancière de LBI, ces paiements lui ont été cédés à titre de garantie et qu'elle a priorité à leur égard étant donné que c'est sa sûreté qui a été enregistrée la première en vertu de la *PPSA*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2011 ABQB 269, 512 A.R. 200*

[13] Le protonotaire Laycock a rendu l'ordonnance demandée par LBI et déclaré que les Paiements incitatifs ne constituaient pas un intérêt foncier. À son avis, suivant le régime établi par la *HRA*, la Ville était tenue d'indemniser la propriétaire des lieux au moment où le bien-fonds ou l'immeuble ont été désignés ressource historique. Il a conclu que

the Incentive Payments to be a purely contractual benefit that was to be bestowed on LBI. He further declared that the Incentive Payments had not been sold to 604 as an asset in the judicial sale. He found that neither Equitable's statement of claim nor the order for sale of the Lougheed Building nor the judicial sale listing indicated that the court intended to include the payments in the judicial sale.

[14] The master further noted that there was no mention of the Incentive Payments in the 604 Offer or in the court's acceptance of the offer. Equitable's statement of claim referred to its general security agreement, which included personal property "located at or used in connection with the property", but he was of the view that the Incentive Payments did not fall within that description of the property. With respect to the 604 Assignment, which had been executed after the sale of the Lougheed Building, the master held that because the Incentive Payments were only collateral for the debt and the debt had not been transferred, the transfer of the interest in the Incentive Payments was ineffective.

B. *Alberta Court of Queen's Bench, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337*

[15] The chambers judge, Jeffrey J., dismissed 604's appeal of the master's order, declaring that LBI had been entitled to receive the Incentive Payments as at August 30, 2010. He found that s. 29(3) of the *HRA* did not operate such that the Incentive Payments could run with the land as a positive covenant, given that only covenants in favour of the City can run with the land under that provision. Jeffrey J. agreed with the master's conclusion that the scheme of the *HRA* is to require the City to compensate the owner of property at the time of a designation under s. 26. In his view, the conclusion that the City's covenant to pay did not run with the land was consistent with the apparent intention of the parties to the Incentive Agreement. Regarding the judicial sale, he found that if the right to receive the Incentive Payments were an asset included in the sale, the 604 Offer would have expressly referred to it.

les parties au Contrat incitatif avaient l'intention que les Paiements incitatifs constituent un avantage purement contractuel réservé à LBI. Il a aussi déclaré que ces paiements ne faisaient pas partie des éléments d'actif vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice. Il a conclu que ni la déclaration d'Équitable, ni l'ordonnance de vente de l'Édifice, ni l'avis de vente sous contrôle de justice n'indiquaient que le tribunal entendait que les paiements soient inclus dans cette vente.

[14] Le protonotaire a ajouté qu'il n'a aucunement été fait mention des Paiements incitatifs dans l'Offre de 604 ou dans l'acceptation de cette offre. Dans sa déclaration, Équitable se réfère à son contrat général de sûreté, qui incluait les biens meubles [TRADUCTION] « se trouvant sur la propriété ou utilisés à l'égard de celle-ci », mais de l'avis du protonotaire les Paiements incitatifs n'étaient pas inclus dans cette description de la propriété. En ce qui concerne la Cession en faveur de 604, qui a été conclue après la vente de l'Édifice, le protonotaire a jugé que, comme les Paiements incitatifs n'étaient qu'accessoires à la créance et que celle-ci n'avait pas été transférée, le transfert de l'intérêt sur les Paiements incitatifs était inopérant.

B. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 2013 ABQB 209, 550 A.R. 337*

[15] Le juge en cabinet, le juge Jeffrey, a rejeté l'appel formé par 604 contre l'ordonnance du protonotaire, déclarant que c'est LBI qui, au 30 août 2010, avait droit aux Paiements incitatifs. Selon lui, le par. 29(3) de la *HRA* n'avait pas pour effet de permettre le rattachement de ces paiements au bien-fonds en tant qu'engagement positif, puisque seuls les engagements énoncés en faveur de la Ville peuvent se rattacher au bien-fonds suivant cette disposition. Le juge Jeffrey a souscrit à la conclusion du protonotaire selon laquelle, conformément au régime instauré par la *HRA*, la Ville doit indemniser le propriétaire du bien au moment d'une désignation faite en vertu de l'art. 26. De l'avis du juge Jeffrey, la conclusion que l'engagement de payer pris par la Ville ne se rattachait pas au bien-fonds concordait avec l'intention évidente des parties au Contrat incitatif. Quant à la vente sous contrôle de justice, il

He declined to decide the issue with respect to the *PPSA* priorities, finding that because the 604 Assignment had been executed after August 30, 2010, it was beyond the scope of the issues properly before him.

a conclu que, si le droit de recevoir les Paiements incitatifs avait été un élément d'actif visé par la vente sous contrôle de justice, l'Offre de 604 en aurait fait état expressément. Il a refusé de statuer sur la détermination de l'ordre de priorité en vertu de la *PPSA*, estimant que, comme la Cession en faveur de 604 avait été conclue après le 30 août 2010, elle débordait le cadre des questions dont il était régulièrement saisi.

C. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258*

C. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 427, 588 A.R. 258*

(1) Majority (Slatter and Wakeling JJ.A.)

(1) Majorité (les juges Slatter et Wakeling)

[16] The majority held that the proper standard for reviewing the chambers judge's interpretation of the *HRA*, the Incentive Agreement and the 604 Offer was correctness. They found that the *HRA* creates a *sui generis* historic resource covenant that runs fully with the land. In their view, s. 29 should be read as setting aside all common law restrictions that prohibit positive covenants from running with the land and should not be interpreted as allowing only positive covenants in favour of the City. The majority also found that the Incentive Agreement could not be severed such that the portions of it relating directly to the building could run with the land but the portions relating to the payments could not.

[16] Les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable à l'interprétation du juge en cabinet concernant la *HRA*, le Contrat incitatif et l'Offre de 604 était la norme de la décision correcte. Ils ont statué que la *HRA* crée en matière de ressource historique un engagement *sui generis* qui se rattache entièrement au bien-fonds. Selon eux, l'art. 29 doit être interprété comme ayant pour effet d'écarter toutes les restrictions de common law qui empêchent le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs; il ne faut pas considérer que cet article autorise uniquement les engagements positifs énoncés en faveur de la Ville. Les juges majoritaires ont également conclu qu'il était impossible de scinder le Contrat incitatif de manière à ce que ses parties concernant directement l'immeuble puissent se rattacher au bien-fonds, mais non celles concernant les paiements.

[17] The majority concluded that the omission of a specific reference to the Incentive Agreement in Equitable's statement of claim should not be taken to imply that it had decided to forego a portion of its security. They noted that the receivership order issued by the court on consent included the Incentive Agreement. In their view, 604 had clearly agreed to take on the burdens of the Incentive Agreement — it had taken title subject to the caveat protecting the historic resource covenants — and nothing in the Incentive Agreement suggested that the payments could or would be separated from the obligations under the agreement. Therefore, the majority found that the payments were clearly conditional on the

[17] Les juges majoritaires ont statué que l'absence de mention du Contrat incitatif dans la déclaration d'Équitable n'implique pas que cette dernière avait décidé de renoncer à une partie de sa garantie. Ils ont souligné que ce contrat était inclus dans l'ordonnance de mise sous séquestre rendue sur consentement par la cour. À leur avis, 604 avait clairement accepté d'assumer les obligations du Contrat incitatif — elle avait acquis le titre qui était assujetti au caveat relatif aux engagements de protection de la ressource historique — et rien dans le Contrat incitatif ne tendait à indiquer que les paiements pouvaient être séparés des obligations imposées par le contrat ou qu'ils le seraient. Les juges majoritaires ont en

performance of the obligations in the agreement and, all things considered, it did not make sense to suggest that the burdens of the Incentive Agreement had passed with the sale, but not the benefits.

(2) Dissent (O'Brien J.A.)

[18] O'Brien J.A. held that the chambers judge's interpretation of the *HRA* and common law principles were matters of law for which the appropriate standard was correctness, whereas his application of the legal principles and interpretation of the agreements were matters of mixed fact and law for which the standard was palpable and overriding error, and therefore required deference. O'Brien J.A. was of the view that the objective of the *HRA* is to ensure that covenants made by a landowner in favour of the City, whether positive or negative, run with the land and are enforceable against all subsequent owners, but that the *HRA* does not permit positive covenants in favour of the landowner to run with the land. Further, in his view, the parties to the Incentive Agreement did not intend the Incentive Payments to run with the land.

[19] O'Brien J.A. held that the Incentive Agreement was not included in the 604 Offer. He noted that the 604 Offer did not state expressly that the payments under the Incentive Agreement were among the property and assets included in the sale, and there was no indication of an intention to this effect in the documents related to the sale. Regarding the order of priorities, O'Brien J.A. found that, having regard to the scope of the original application and to the evidentiary record, the Court of Appeal was not in a position to determine who was entitled to the Incentive Payments at that time.

IV. Issues

[20] This appeal raises four issues:

conséquence conclu que les paiements dépendaient clairement de l'exécution des obligations prévues par le contrat et, à tout bien considérer, il n'était pas logique de prétendre que les obligations du Contrat incitatif avaient été transférées lors de la vente, mais non ses avantages.

(2) Dissidence (le juge O'Brien)

[18] Le juge O'Brien a statué que l'interprétation par le juge en cabinet de la *HRA* et des principes de common law était une question de droit à laquelle il convenait d'appliquer la norme de la décision correcte, tandis que son application des principes juridiques et son interprétation des contrats constituaient des questions mixtes de fait et de droit auxquelles s'appliquait la norme de l'erreur manifeste et déterminante, ce qui, de ce fait, commandait déférence. Selon lui, la *HRA* a pour objectif de faire en sorte que les engagements pris par un propriétaire foncier en faveur de la Ville — qu'il s'agisse d'engagements de nature positive ou négative — se rattachent au bien-fonds et sont susceptibles d'exécution contre tous les propriétaires subséquents. Par contre, cette loi ne permet pas le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs en faveur du propriétaire foncier. Le juge O'Brien a également estimé que les parties au Contrat incitatif n'avaient pas eu l'intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds.

[19] Le juge O'Brien a conclu que le Contrat incitatif n'était pas inclus dans l'Offre de 604. Il a fait remarquer que celle-ci ne mentionnait pas expressément que les paiements prévus par ce contrat faisaient partie de la propriété et des éléments d'actif visés par la vente et qu'aucune indication d'une intention à cet effet ne ressortait des documents liés à la vente. Pour ce qui est de l'ordre de priorité, le juge O'Brien a statué que, vu l'objet de la demande initiale et la preuve au dossier, la Cour d'appel n'était pas en mesure de décider qui avait droit aux Paiements incitatifs.

IV. Questions en litige

[20] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

(1) What is the standard of review applicable to the chambers judge's interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer?

(2) Did the Incentive Payments run with the land? The resolution of this issue depends on the answers to two questions:

(a) Does s. 29 of the *HRA* displace the common law rule that positive covenants do not run with the land?

(b) Does the *Incentive* Agreement registered on title show that the parties to the agreement intended the Incentive Payments to run with the land?

(3) Were the Incentive Payments sold as an asset in the judicial sale?

(4) Is the priority of interests in the Incentive Payments governed by the *PPSA*?

V. Analysis

A. *What Is the Applicable Standard of Review?*

[21] As Rothstein J. stated in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, "[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix" (para. 50). In this context, deference to fact finders furthers the goals of limiting the number, length and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings. These principles weigh in favour of showing deference to first-instance decision makers on points of contractual interpretation, and treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law (*Sattva*, at paras. 50-52).

[22] However, Rothstein J. held that where an extricable question of law can be identified, the standard of correctness applies. Extricable questions of

(1) Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation adoptée par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l'Offre de 604?

(2) Les Paiements incitatifs se rattachaient-ils au bien-fonds? La réponse à cette question dépend des réponses à deux autres questions :

a) L'article 29 de la *HRA* écarte-t-il la règle de common law suivant laquelle des engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds?

b) Le Contrat incitatif enregistré sur le titre démontre-t-il que les parties à ce contrat entendaient que les Paiements incitatifs soient rattachés au bien-fonds?

(3) Les Paiements incitatifs ont-ils été vendus en tant qu'éléments d'actif lors de la vente sous contrôle de justice?

(4) Est-ce que l'ordre de priorité quant aux Paiements incitatifs est régi par la *PPSA*?

V. Analyse

A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[21] Comme l'affirme le juge Rothstein dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, « [l]'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Dans un tel contexte, faire montre de déférence envers les conclusions du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l'autonomie du procès et son intégrité. Ces principes militent en faveur de la déférence à l'endroit des décideurs de première instance à l'égard de l'interprétation contractuelle et appuient la proposition selon laquelle l'interprétation en cette matière est une question mixte de fait et de droit (*Sattva*, par. 50-52).

[22] Cependant, le juge Rothstein conclut que, dans les cas où il est possible d'isoler une question de droit, la norme de la décision correcte s'applique.

law include "the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor" (*Sattva*, at para. 53, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21).

[23] In 604's submission, the chambers judge in the case at bar erred in interpreting the *HRA* and this tainted his interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer, which means that the applicable standard of review for the latter interpretation is correctness. We disagree. While it is true that correctness is the appropriate standard for reviewing the chambers judge's interpretation of the *HRA* given that statutory interpretation is a question of law (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 33), we do not find that this standard applies to his contractual interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer. As the chambers judge's interpretation of the *HRA* was correct, it did not taint the interpretation of the agreements.

[24] In our view, O'Brien J.A. was right to conclude that the correctness standard applies to the interpretation of the *HRA* and the common law, but that the palpable and overriding error standard applies to the chambers judge's interpretation of the Incentive Agreement and the 604 Offer.

B. *Did the Incentive Payments Run With the Land?*

(1) Does Section 29 of the *HRA* Displace the Common Law Rule That Positive Covenants Do Not Run With the Land?

[25] The idea of a payment obligation running with land is by its nature unusual. In fact, it is undisputed that at common law, positive covenants cannot run with the land (*Austerberry v. Corporation of Oldham* (1885), 29 Ch. D. 750). This rule is founded

Parmi les questions de droit susceptibles d'être isolées, mentionnons le fait d'« appliquer le mauvais principe ou [de] négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21).

[23] Selon 604, le juge en cabinet a commis une erreur dans son interprétation de la *HRA*. Cette erreur a vicié son interprétation du Contrat incitatif et de l'Offre de 604. Pour cette raison, la norme de contrôle applicable à cette dernière serait la décision correcte. Nous sommes en désaccord. Bien que la décision correcte soit effectivement la norme applicable pour examiner l'interprétation de la *HRA* par le juge en cabinet puisque l'interprétation d'une loi est une question de droit (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 33), nous estimons que cette norme ne s'applique pas à son interprétation du Contrat incitatif et de l'Offre de 604. Comme le juge en cabinet a correctement interprété la *HRA*, cette interprétation n'a pu vicier son interprétation des contrats.

[24] À notre avis, le juge O'Brien a eu raison de conclure que la norme de la décision correcte s'applique à l'interprétation de la *HRA* et de la common law, mais que c'est la norme de l'erreur manifeste et déterminante qui s'applique à l'interprétation par le juge en cabinet du Contrat incitatif et de l'Offre de 604.

B. *Les Paiements incitatifs se rattachaient-ils au bien-fonds?*

(1) L'article 29 de la *HRA* écarte-t-il la règle de common law selon laquelle les engagements positifs ne se rattachent pas au bien-fonds?

[25] L'idée qu'une obligation de payer puisse se rattacher au bien-fonds est, de par sa nature même, insolite. En fait, personne ne conteste qu'en common law un engagement positif ne peut se rattacher au bien-fonds (*Austerberry c. Corporation of*

on the principle that at common law, a person cannot be made liable upon a contract unless he or she was party to it (*Rhone v. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.)). The rule against positive covenants running with the land applies even if an agreement contains an express intention to the contrary (*Amberwood Investments Ltd. v. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.)). As a result, the common law rule is that "[n]o personal or affirmative covenant, requiring the expenditure of money or the doing of some act, can, apart from statute, be made to run with the land" (V. Di Castri, *Registration of Title to Land* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-4 (emphasis added), quoted in *Westbank Holdings Ltd. v. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1, at para. 16). The issue in the instant case is whether and to what extent s. 29 of the *HRA* displaces the common law rule by permitting positive covenants to run with the land.

[26] In our view, O'Brien J.A. and the chambers judge properly interpreted the *HRA*. We find that s. 29 of the *HRA* limits the positive covenants that may run with the land to those that are in favour of the City or of the other person or organizations listed in s. 29(1) and are enforceable by that entity. The *HRA* does not permit positive covenants in favour of an entity not listed in s. 29(1) to run with the land.

[27] Applying the widely accepted modern approach to statutory interpretation, we find that the words of s. 29 of the *HRA*, when read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament, lead to the following conclusion: only covenants in favour of a "person or organization" listed in s. 29(1), whether negative or positive, will run with the land (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at

Oldham (1885), 29 Ch. D. 750). Cette règle repose sur le principe selon lequel, en common law, nul ne peut être lié par un contrat à moins d'être partie à celui-ci (*Rhone c. Stephens*, [1994] 2 A.C. 310 (H.L.)). D'ailleurs, la règle qui interdit le rattachement des engagements positifs au bien-fonds s'applique même si un contrat exprime l'intention contraire (*Amberwood Investments Ltd. c. Durham Condominium Corp. No. 123* (2002), 58 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Par conséquent, la règle de common law a été énoncée ainsi : [TRADUCTION] « Aucun engagement personnel ou positif requérant une dépense ou un acte ne peut être rattaché au bien-fonds, sauf si une loi le prévoit » (V. Di Castri, *Registration of Title to Land* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-4 (nous soulignons), cité dans *Westbank Holdings Ltd. c. Westgate Shopping Centre Ltd.*, 2001 BCCA 268, 155 B.C.A.C. 1, par. 16). En l'espèce, il s'agit de décider si l'art. 29 de la *HRA* écarte la règle de common law en permettant que des engagements positifs se rattachent au bien-fonds, et dans quelle mesure elle l'écarte.

[26] À notre avis, le juge O'Brien et le juge en cabinet ont bien interprété la *HRA*. Nous estimons que l'art. 29 de la *HRA* limite les engagements positifs susceptibles de rattachement au bien-fonds aux seuls engagements de cette nature énoncés en faveur de la Ville ou de la personne ou des autres organisations mentionnées au par. 29(1) et dont cette entité peut demander l'exécution. La *HRA* n'autorise pas le rattachement au bien-fonds d'engagements positifs énoncés en faveur d'une entité qui n'est pas énumérée au par. 29(1).

[27] Appliquant la méthode moderne d'interprétation des lois largement reconnue, nous sommes d'avis que, considérés dans leur contexte global, selon le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur, les termes de l'art. 29 de la *HRA* mènent à la conclusion suivante : seuls les engagements énoncés en faveur d'une [TRADUCTION] « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1), qu'il s'agisse d'engagements de nature positive ou négative, se rattachent au bien-fonds (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd.

paras. 26-30; *John Doe v. Ontario (Finance)*, 2014 SCC 36, [2014] 2 S.C.R. 3, at para. 18; *Canadian National Railway*, at para. 36). In the case at bar, therefore, the right to the Incentive Payments did not become an interest that runs with the land by virtue of the *HRA*.

[28] There is a presumption of statutory interpretation that the provisions of a statute are meant to work together "as parts of a functioning whole" (Sullivan, at p. 337) and form an internally consistent framework. In other words, "the whole gives meaning to its parts", and "each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole" (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 326).

[29] In addition, where the legislature expressly creates a statutory exception to a common law principle, that exception should be narrowly construed, as the legislature is assumed not to have intended to change the common law unless it has done so clearly and unambiguously. In *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, Iacobucci J., writing for the majority, stated:

> To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that "a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed". In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that "in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law".

2014), p. 7; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26-30; *Untel c. Ontario (Finances)*, 2014 CSC 36, [2014] 2 R.C.S. 3, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux*, par. 36). En conséquence, dans la présente affaire, le droit aux Paiements incitatifs n'est pas devenu un intérêt rattaché au bien-fonds par l'effet de la *HRA*.

[28] En matière d'interprétation législative, il faut présumer que les dispositions d'une loi forment un ensemble cohérent et fonctionnent en harmonie [TRADUCTION] « comme les diverses parties d'un tout » (Sullivan, p. 337). Autrement dit, « l'ensemble [contribue] au sens de chacun des éléments » et « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet » (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et de M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), p. 352).

[29] De plus, lorsque le législateur crée explicitement dans une loi une exception à un principe de common law, cette exception doit être interprétée restrictivement, car le législateur est présumé ne pas avoir eu l'intention de modifier la common law à moins de l'avoir fait de façon claire et non ambiguë. Dans *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, s'exprimant au nom de la majorité, le juge Iacobucci a déclaré ce qui suit :

> Tout d'abord, je pense qu'il est utile d'insister sur la présomption que le législateur n'a pas l'intention de modifier le droit existant ni de s'écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n'est pas censé s'écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n'est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l'intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

[30] Professor Sullivan also takes the view that to displace a common law rule, the legislation must show a clear intention to do so. Quoting *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1961), vol. 36, at p. 412, para. 625, she writes that, "[e]xcept in so far as they are clearly and unambiguously intended to do so, statutes should not be construed so as to make any alteration in the common law or to change any established principle of law" (p. 538).

[31] Applying these principles of statutory interpretation, we conclude that the exception to the common law rule provided for in s. 29 of the *HRA* should be limited by the precise language of the provision and the underlying purpose of the *HRA*. Section 29 should not be interpreted more broadly than necessary. The express words of the enactment state that while positive covenants may run with the land, they are enforceable only by the entities listed in s. 29(1) in whose favour they are entered into. A purposive and contextual analysis of the *HRA*, and particularly of s. 29, shows that the legislation does not have a broader reach by necessary implication.

[32] Section 2 of the *HRA* provides that the Minister is responsible for "(a) the co-ordination of the orderly development, (b) the preservation, (c) the study and interpretation, and (d) the promotion of appreciation of Alberta's historic resources". A "historic resource" is defined as "any work of nature or of humans that is primarily of value for its palaeontological, archaeological, prehistoric, historic, cultural, natural, scientific or esthetic interest including, but not limited to, a palaeontological, archaeological, prehistoric, historic or natural site, structure or object" (s. 1(e)).

[33] Section 26(2) of the *HRA* provides that a municipality may by bylaw designate any historic resource within the municipality as a "Municipal Historic Resource". Section 28(1) then provides that

[30] La professeure Sullivan affirme elle aussi que, pour écarter une règle de common law, la loi doit exprimer clairement l'intention du législateur de ce faire. Citant *Halsbury's Laws of England* (3e éd. 1961), vol. 36, p. 412, par. 625, elle écrit que, [TRADUCTION] « [s]auf dans la mesure où il est clair et non ambigu qu'elles ont été conçues à cette fin, les lois n'ont pas pour effet de modifier la common law ou quelque principe de droit établi » (p. 538).

[31] Appliquant ces principes d'interprétation des lois, nous concluons que la portée de l'exception établie à l'art. 29 de la *HRA* à l'égard de la règle de common law est limitée par le langage exprès utilisé dans la disposition et par l'objet qui sous-tend la *HRA*. L'article 29 ne doit pas recevoir une interprétation plus large que nécessaire. Suivant les termes exprès du texte de loi, bien que les engagements positifs puissent se rattacher au bien-fonds, ils sont susceptibles d'exécution uniquement par les entités mentionnées au par. 29(1) en faveur desquelles ils ont été pris. Il ressort d'une analyse téléologique et contextuelle de la *HRA* — et plus particulièrement de l'art. 29 — que cette loi n'a pas une portée plus large par voie d'implication nécessaire.

[32] Aux termes de l'art. 2 de la *HRA*, le Ministre est chargé de [TRADUCTION] « (a) coordonner la mise en valeur ordonnée des ressources historiques de l'Alberta, (b) de préserver ces ressources, (c) de les étudier et de les interpréter, (d) de promouvoir l'intérêt à leur égard ». Le terme « ressource historique » est défini ainsi : « une œuvre de la nature ou de l'être humain qui revêt une importance essentiellement paléontologique, archéologique, préhistorique, historique, culturelle, naturelle, scientifique ou esthétique, notamment un site, une construction ou un objet paléontologique, archéologique, préhistorique, historique ou naturel » (al. 1(e)).

[33] Le paragraphe 26(2) de la *HRA* édicte qu'une municipalité peut, au moyen d'un arrêté, désigner « ressource historique municipale » toute ressource historique située sur son territoire. Le

if a bylaw under s. 26 decreases the economic value of the building or land designated by the bylaw, the owner of the building or land is entitled to compensation for the decrease:

28(1) If a bylaw under section 26 or 27 decreases the economic value of a building, structure or land that is within the area designated by the bylaw, the council shall by bylaw provide the owner of that building, structure or land with compensation for the decrease in economic value.

Section 28 does not specify that the right to compensation is available to a future owner, nor does it refer to s. 29, which supports the chambers judge's interpretation to the effect that the intended recipient of the compensation under s. 28 is the owner at the time of the designation.

[34] Section 29, which is at the heart of this appeal, reads as follows:

29(1) A condition or covenant, relating to the preservation or restoration of any land or building, entered into by the owner of land and

(a) the Minister,

(b) the council of the municipality in which the land is located,

(c) the Foundation, or

(d) an historical organization that is approved by the Minister,

may be registered with the Registrar of Land Titles.

(2) When a condition or covenant under subsection (1) is presented for registration, the Registrar of Land Titles shall endorse a memorandum of the condition or covenant on any certificate of title relating to that land.

paragraphe 28(1) précise ensuite que, si un arrêté pris en vertu de l'art. 26 entraîne une diminution de la valeur économique de l'immeuble ou du bien-fonds qu'il désigne, le propriétaire de cet immeuble ou bien-fonds a le droit d'être indemnisé de cette diminution de valeur :

[TRADUCTION]

28(1) Si un arrêté pris en vertu de l'article 26 ou 27 entraîne une diminution de la valeur économique d'un immeuble, d'une construction ou d'un bien-fonds situé dans l'aire désignée par l'arrêté, le conseil doit, par voie d'arrêté, verser au propriétaire de ce bien une indemnité pour la diminution de la valeur économique de celui-ci.

L'article 28 ne précise pas que le droit à indemnisation est ouvert à un futur propriétaire, ni ne mentionne l'art. 29, facteurs qui étayent l'interprétation du juge en cabinet selon laquelle le bénéficiaire visé par l'indemnité prévue à l'art. 28 est celui qui est propriétaire au moment de la désignation.

[34] L'article 29, qui est au cœur du présent pourvoi, est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

29(1) Peut être enregistré auprès du registrateur des titres immobiliers une condition ou un engagement lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble et dont ont convenu le propriétaire du bien-fonds et, selon le cas

(a) le Ministre,

(b) le conseil de la municipalité dans laquelle se trouve le bien-fonds,

(c) la Fondation,

(d) une organisation de conservation du patrimoine agréée par le Ministre.

(2) Lorsqu'une condition ou un engagement visé au paragraphe (1) est présenté pour enregistrement, le registrateur des titres immobiliers inscrit une mention de la condition ou de l'engagement sur tout certificat de titre lié à ce bien-fonds.

(3) A condition or covenant registered under subsection (2) runs with the land and the person or organization under subsection (1) that entered into the condition or covenant with the owner may enforce it whether it is positive or negative in nature and notwithstanding that the person or organization does not have an interest in any land that would be accommodated or benefited by the condition or covenant.

(4) A condition or covenant registered under subsection (2) may be assigned by the person or organization that entered into it with the owner to any other person or organization mentioned in subsection (1), and the assignee may enforce the condition or covenant as if it were the person or organization that entered into the condition or covenant with the owner.

(5) If the Minister considers it in the public interest to do so, the Minister may by order discharge or modify a condition or covenant registered under subsection (2), whether or not the Minister is a party to the condition or covenant.

[35] We agree with the chambers judge's interpretation of the above provision, which O'Brien J.A. accepted. Each subsection of s. 29 is like a piece of a puzzle, and when they are all read together, they form a coherent whole. Section 29(1) provides that a condition or covenant "relating to the preservation or restoration of any land or building" that is entered into by a landowner and the Minister or one of the organizations enumerated there may be registered. Section 29(3) provides that a condition or covenant registered under s. 29(2) runs with the land and can, whether it is negative or positive, be enforced by the "person or organization" listed in s. 29(1). Subsections (1) and (3) are necessary for the preservation or restoration of Municipal Historic Resources, because without them, the City would not be able to enforce such a covenant or condition at common law, as it would have no interest in the land or building to which the covenant or condition applied.

(3) Une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) se rattache au bien-fonds et la personne ou l'organisation visée au paragraphe (1) qui en a convenu avec le propriétaire peut en demander l'exécution, que la condition ou l'engagement soit de nature positive ou négative et nonobstant le fait que cette personne ou organisation ne possède pas d'intérêt sur quelque bien-fonds qui serait desservi par la condition ou l'engagement, ou en bénéficierait.

(4) Une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) peut être cédé par la personne ou l'organisation qui en a convenu avec le propriétaire à toute autre personne ou organisation mentionnée au paragraphe (1), et le cessionnaire peut en demander l'exécution au même titre que s'il en avait convenu avec le propriétaire.

(5) Si le Ministre estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire, il peut, par voie d'arrêté, lever ou modifier une condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2), qu'il soit ou non lui-même partie à la condition ou à l'engagement.

[35] Nous souscrivons à l'interprétation adoptée par le juge en cabinet de la disposition précitée et qui a été retenue par le juge O'Brien. Les différents paragraphes de l'art. 29 sont assimilables aux pièces d'un casse-tête et, lorsqu'on les considère globalement, ils forment un tout cohérent. Le paragraphe 29(1) précise qu'il est possible d'enregistrer une condition ou un engagement [TRADUCTION] « lié à la préservation ou à la restauration d'un bien-fonds ou d'un immeuble » et dont ont convenu un propriétaire foncier et le Ministre ou l'une des organisations énumérées à cette disposition. Suivant le par. 29(3), une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) se rattache au bien-fonds et, que cette condition ou cet engagement soit de nature négative ou positive, « la personne ou l'organisation » mentionnée au par. 29(1) peut en demander l'exécution. Les paragraphes (1) et (3) sont nécessaires aux fins de préservation ou de restauration des ressources historiques municipales, car, sans ces dispositions, la Ville ne serait pas en mesure de faire exécuter une telle condition ou un tel engagement en vertu de la common law, étant donné qu'elle ne possède aucun intérêt dans le bien-fonds ou dans l'immeuble auquel s'applique la condition ou l'engagement.

[36] It is noteworthy that s. 29(3) does not expressly grant a landowner the ability to enforce a condition or covenant against the City. According to 604, express language to this effect is unnecessary, because the landowner can already enforce covenants and conditions, given that he or she has an interest in the land or building. In our view, had the legislature intended to completely displace the common law rules regarding positive covenants and create *sui generis* covenants and conditions that are enforceable by both the City and the landowner, it would have said so expressly.

[37] An additional submission by 604 is that s. 29(2), which does not on its face prevent the owner from registering a covenant or condition on title, shows that the owner can register covenants, and therefore can also enforce them under the *HRA*, despite the fact that there is no express wording to this effect in s. 29(3). We are not convinced by this argument. In our view, s. 29(3) should be read as a whole, and the word "and" in that provision should be considered to be conjunctive rather than disjunctive. Section 29(3) provides that "[a] condition or covenant registered under subsection (2) runs with the land and the person or organization under subsection (1) that entered into the condition or covenant with the owner may enforce it whether it is positive or negative". The covenant discussed in s. 29(3) is clearly the same covenant throughout the provision — this subsection sets out by whom the covenant registered under s. 29(2) can be enforced whether it is positive or negative, and that is by a person or organization listed in s. 29(1). Therefore, s. 29(3) does not lend itself to the interpretation that all covenants, whether positive or negative, in favour of the owner can be enforced by the owner and are covered by the exception provided for in that subsection.

[36] Il convient de noter que le par. 29(3) ne confère pas expressément à un propriétaire foncier la capacité de demander l'exécution d'une condition ou d'un engagement constituant une obligation pour la Ville. Selon 604, une disposition explicite à cet effet est inutile, étant donné que le propriétaire foncier est déjà en mesure de demander l'exécution de conditions et d'engagements en raison de l'intérêt qu'il possède dans le bien-fonds ou l'immeuble. À notre avis, si le législateur avait voulu écarter complètement les règles de common law relatives aux engagements positifs et créer des conditions et engagements *sui generis* dont l'exécution peut être demandée tant par la Ville que par le propriétaire foncier, il l'aurait dit en termes exprès.

[37] 604 soumet également que le fait que le texte même du par. 29(2) n'empêche pas le propriétaire d'enregistrer une condition ou un engagement sur le titre démontre que le propriétaire peut enregistrer des engagements et qu'il lui est donc possible d'en demander l'exécution en vertu de la *HRA*, malgré l'absence de disposition expresse à cet effet au par. 29(3). Cet argument ne nous convainc pas. À notre avis, il faut interpréter le par. 29(3) globalement et considérer que le mot « et » (« *and* » dans le texte original) a un caractère conjonctif plutôt que disjonctif. Aux termes de ce paragraphe, « [u]ne condition ou un engagement enregistré en vertu du paragraphe (2) se rattache au bien-fonds et la personne ou l'organisation visée au paragraphe (1) qui en a convenu avec le propriétaire peut en demander l'exécution, que cette condition ou cet engagement soit de nature positive ou négative ». L'engagement dont il est question au par. 29(3) est clairement le même partout dans cette disposition — ce paragraphe énonce qui peut demander l'exécution de l'engagement enregistré en vertu du par. 29(2), que cet engagement soit de nature positive ou négative, et il s'agit de la personne ou d'une organisation énumérée au par. 29(1). En conséquence, le par. 29(3) ne peut être interprété d'une manière qui permettrait d'affirmer que tout engagement — de nature positive ou négative — énoncé en faveur du propriétaire peut faire l'objet d'une demande d'exécution par celui-ci et est visé par l'exception prévue à ce paragraphe.

[38] The two subsections immediately following s. 29(3) further confirm our interpretation.

[39] Firstly, s. 29(4) provides that a condition or covenant registered under s. 29(2) can be assigned by the "person or organization" to any other "person or organization" mentioned in s. 29(1). Again, there is no mention in s. 29(4) of the landowner being able to assign any "condition or covenant".

[40] In our view, this is further evidence that s. 29 is intended to permit governments and public interest bodies that have no interest in the land or building to enforce covenants and conditions that are in their favour. There is a presumption that the legislature "avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain" (Sullivan, at p. 211, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Every provision of a statute should be interpreted as having a meaning and a function, and "courts should avoid, as much as possible, adopting interpretations that would render any portion of a statute meaningless or pointless or redundant" (Sullivan, at p. 211; see also *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28). Section 29(4) ensures that the City can assign a condition or covenant registered under s. 29(2) to any other person or organization mentioned in s. 29(1), such that the assignee may enforce it as if it were the person or organization that entered into the condition or covenant with the owner.

[41] Secondly, s. 29(5) provides that the Minister may at any time discharge or modify a covenant or condition registered under s. 29(2) if it is in the public interest to do so. This provision only makes sense in our view if the covenant referred to in s. 29(3) is one in favour of a "person or organization" mentioned in s. 29(1). Indeed, it would be unjust if the Minister could unilaterally discharge a covenant to pay in favour of a landowner simply

[38] Les deux paragraphes qui suivent immédiatement le par. 29(3) viennent renforcer davantage notre interprétation.

[39] Premièrement, le par. 29(4) dispose qu'une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) peut être cédé par « la personne ou l'organisation » à toute autre « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1). Ici encore, le par. 29(4) n'indique aucunement que le propriétaire foncier peut céder quelque « condition ou engagement ».

[40] À notre avis, il s'agit d'une preuve supplémentaire que l'art. 29 vise à permettre aux gouvernements ou entités à caractère public qui ne possèdent aucun intérêt dans le bien-fonds ou l'immeuble concerné de demander l'exécution des conditions et engagements énoncés en leur faveur. Le législateur est présumé [TRADUCTION] « ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain » (Sullivan, p. 211, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Chaque disposition d'une loi doit être interprétée de manière à lui donner un sens et un rôle, et [TRADUCTION] « les tribunaux devraient éviter autant que possible d'adopter une interprétation qui dépouille une partie d'une loi de tout son sens ou qui la rend redondante » (Sullivan, p. 211; voir aussi *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28). Le paragraphe 29(4) fait en sorte que la Ville peut céder une condition ou un engagement enregistré en vertu du par. 29(2) à toute personne ou organisation mentionnée au par. 29(1), de telle sorte que le cessionnaire peut en demander l'exécution au même titre que si c'était lui qui en avait convenu avec le propriétaire.

[41] Deuxièmement, le par. 29(5) précise que le Ministre peut en tout temps écarter ou modifier un engagement ou une condition enregistré en vertu du par. 29(2) s'il est dans l'intérêt public de prendre une telle mesure. Nous sommes d'avis que cette disposition n'a de sens que si l'engagement mentionné au par. 29(3) est énoncé en faveur d'une « personne ou organisation » mentionnée au par. 29(1). En effet, il serait injuste que le Ministre

because he or she considered it in the public interest to do so.

[42] The common denominator between s. 29(3), s. 29(4) and s. 29(5) is that they all point to the conclusion that the covenants and conditions that may be enforced under s. 29(3) are those that the "person or organization" listed in s. 29(1) can in fact enforce: the covenants and conditions in its favour.

(2) Does the Incentive Agreement Registered on Title Show That the Parties to the Agreement Intended the Incentive Payments to Run With the Land?

[43] In addition to our conclusion arising out of our interpretation of the *HRA*, we find that the Incentive Agreement itself does not reveal an intention that the Incentive Payments would run with the land. Even if the common law rule could be circumvented in the case at bar, 604's claim to the payments would still fail. We see no basis on which to disturb the chambers judge's findings, which O'Brien J.A. accepted, with respect to the contractual interpretation of the Incentive Agreement.

[44] The provisions of the Incentive Agreement that are primarily at issue are clauses 5.3, 8.3 and 8.8. Clause 5.3 states:

> If, at any time, the Owner, The Lougheed Block Inc., and any future owner, has not paid such taxes and levies when they become due, the City may, but is not obligated to, set off the amount owed by the Owner, the Lougheed Block Inc., or any future owner against any amounts owed, or that may be owing in the future, to the Owner by the City pursuant to this Agreement. [Emphasis added.]

[45] The chambers judge concluded that clause 5.3 could not be interpreted to mean that the parties to the Incentive Agreement intended the Incentive Payments to go to a future owner. The clause

puisse écarter unilatéralement un engagement de payer énoncé en faveur d'un propriétaire foncier, tout simplement parce que, selon le Ministre, il est dans l'intérêt public de le faire.

[42] Le dénominateur commun entre les par. 29(3), (4) et (5) est le fait qu'ils mènent tous à la conclusion que les conditions et engagements susceptibles d'exécution en vertu du par. 29(3) sont ceux dont l'exécution peut effectivement être demandée par les « personne ou organisations » énumérées au par. 29(1), soit les conditions et engagements énoncés en leur faveur.

(2) Le Contrat incitatif enregistré sur le titre démontre-t-il que les parties à ce contrat entendaient que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds?

[43] Outre notre conclusion découlant de notre interprétation de la *HRA*, nous estimons qu'aucune intention de rattacher les Paiements incitatifs au bien-fonds ne ressort du Contrat incitatif lui-même. Même s'il était possible d'éviter l'application de la règle de common law en l'espèce, la demande de 604 visant les paiements devrait néanmoins être rejetée. Nous ne voyons aucune raison de modifier les conclusions du juge en cabinet, qu'a retenues le juge O'Brien, relativement à l'interprétation du Contrat incitatif.

[44] Les principales clauses litigieuses du Contrat incitatif sont les clauses 5.3, 8.3 et 8.8. La clause 5.3 prévoit ce qui suit :

> [TRADUCTION] Si, à un moment donné, le propriétaire, The Lougheed Block Inc., et tout futur propriétaire n'a pas payé des taxes et prélèvements de cette nature à l'échéance, la Ville peut — sans toutefois y être tenue — opérer compensation entre la somme due par le propriétaire, The Lougheed Block Inc., ou tout futur propriétaire, et les sommes dues au propriétaire par la Ville, ou qui pourraient lui être dues dans le futur, en application du présent contrat. [Nous soulignons.]

[45] Le juge en cabinet a conclu qu'on ne peut considérer que la clause 5.3 signifie que les parties au Contrat incitatif entendaient qu'un futur propriétaire puisse recevoir les Paiements incitatifs. La clause

does not refer to a future owner when describing the recipient of the payments from the City under the agreement. Its only references to future owners relate to the payment to the City of taxes and levies. We find no palpable and overriding error in this interpretation.

[46] The chambers judge also considered clause 8.3, which provides that, "[p]ursuant to and in accordance with Section 29 of the Act, this Agreement shall be registered by caveat on title to the Lands and the conditions and covenants herein shall run with the Lands and shall bind the Owner and subsequent owners and successors in title to the Owner." He found that this was simply a restatement of what is provided for in s. 29 of the *HRA* (enforcement by the City of a positive or negative covenant in its own favour). Again, we find no palpable and overriding error in this interpretation. The reference to s. 29 does not show that the parties to the agreement intended the Incentive Payments to run with the land.

[47] Finally, clause 8.8 provides that "[e]verything herein contained shall inure to the benefit of and be binding upon the parties hereto, their administrators, successors, and assigns respectively." According to the master's interpretation, 604, which was merely a subsequent owner, cannot be considered an administrator, successor or assign of LBI. We agree. The term "successor" should be read to mean a corporate successor, considering that clause 8.3 refers to "successors in title" and "subsequent owners", of which 604 clearly is one, while clause 8.8 refers to "successors". "Contracting parties are presumed to intend the legal consequences of their words" (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at p. 91). Meaning must be given to the choice to use one term in one clause and a different term in a different clause of the same agreement, and in this case, of the same section of an agreement (section 8 — *General provisions*). In our view, as the chambers judge found, the intention of the contracting parties was that LBI alone would, after

ne fait pas état d'un futur propriétaire lorsqu'elle décrit le bénéficiaire des paiements à être effectués par la Ville en vertu du contrat. Les seules mentions concernant de futurs propriétaires se rapportent au paiement à la Ville des taxes et prélèvements. Nous estimons que cette interprétation n'est entachée d'aucune erreur manifeste et déterminante.

[46] Le juge en cabinet a également examiné la clause 8.3, laquelle prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « En vertu de l'article 29 de la Loi et conformément à cette disposition, le présent contrat est enregistré par voie de caveat sur le titre des biens-fonds et les conditions et engagements prévus au présent contrat se rattachent au bien-fonds et lient le propriétaire — ainsi que les propriétaires subséquents et les successeurs en titre du propriétaire. » Selon le juge en cabinet, cette clause ne fait que répéter ce que prévoit déjà l'art. 29 de la *HRA* (le droit de la Ville de demander l'exécution d'engagements de nature positive ou négative énoncés en sa faveur). Encore une fois, nous estimons que cette interprétation ne comporte aucune erreur manifeste et déterminante. La mention de l'art. 29 n'établit pas que les parties au contrat entendaient que les Paiements incitatifs se rattachent au bien-fonds.

[47] Enfin, la clause 8.8 précise que [TRADUCTION] « [t]out ce qui est prévu au présent contrat bénéficie aux parties au présent contrat ainsi qu'à leurs administrateurs, successeurs et ayants droit respectifs et les lie. » Selon l'interprétation du protonotaire, 604 — qui était simplement un propriétaire subséquent — ne peut être considérée comme un administrateur, un successeur ou ayant droit de LBI. Nous sommes d'accord. Le mot « successeur » doit s'entendre au sens d'une personne morale qui lui succéderait (« *corporate successor* »), vu la présence des mots « successeurs en titre » (« *successors in title* ») et « propriétaires subséquents » (« *subsequent owners* ») à la clause 8.3, catégories auxquelles appartient de toute évidence 604, et l'utilisation du mot « successeurs » à la clause 8.8. [TRADUCTION] « Les parties à un contrat sont présumées vouloir les conséquences juridiques des mots qu'elles emploient » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2e éd. 2012), p. 91). Il faut donner un sens à la décision

completing the rehabilitation work, be entitled to the Incentive Payments, which were to be paid over 15 years.

[48] In 604's submission, it would not make sense to sever the benefits available to the owner under the Incentive Agreement (which they identify as the Incentive Payments) from the burdens imposed on it (i.e. efforts to be expended with respect to the use of the Grand Theatre, and a restriction on the use of the building). In our view, there is nothing unusual about severing the Incentive Payments, a benefit under the Incentive Agreement, from the burdens relating to certain restrictions flowing from the designation of the building as a Municipal Historic Resource.

[49] As we explained above, nothing in clause 5.3 confirms that the parties to the Incentive Agreement intended the payments to go to a future owner. Rather, a reasonable interpretation of the agreement is that all the Incentive Payments were intended to go to LBI. Read in conjunction, the recitals of the Incentive Agreement, together with clauses 3 (*Rehabilitation Work*), 4 (*Payment of Rehabilitation Incentive*) and 5.4, lead to the conclusion that LBI was entitled to receive all of the Incentive Payments.

[50] We further adopt the chambers judge's reasoning to the effect that it is LBI that was the owner at the time of the designation and that completed all of the rehabilitative work 604 now benefits from as the new owner. It is LBI that suffered the loss of value and paid for the rehabilitation. Moreover, 604 could take the designation into consideration when it purchased the Lougheed Building. Consequently,

d'employer un terme donné dans une clause et un terme différent dans une autre clause figurant dans le même contrat, et encore plus, comme c'est le cas en l'espèce, dans une même section d'un contrat (section 8 — *Généralités*). À l'instar du juge en cabinet, nous sommes d'avis que l'intention des parties contractantes était que seule LBI, après avoir terminé les travaux de restauration, aurait droit aux Paiements incitatifs, lesquels devaient être versés sur une période de 15 ans.

[48] 604 fait valoir qu'il serait illogique de dissocier les avantages conférés par le Contrat incitatif au propriétaire (avantages qu'elle désigne comme étant les Paiements incitatifs) des obligations qui lui sont imposées par ce contrat (c'est-à-dire les efforts requis de sa part relativement au Grand Theatre, ainsi qu'une restriction concernant l'utilisation qui peut être faite de l'immeuble). Selon nous, il n'y a rien d'inhabituel à dissocier les Paiements incitatifs, un avantage conféré par le Contrat incitatif, des obligations liées à certaines restrictions découlant de la désignation de l'immeuble comme ressource historique municipale.

[49] Comme nous l'avons expliqué plus haut, la clause 5.3 ne confirme d'aucune manière que les parties au Contrat incitatif entendaient que les paiements puissent être versés à un futur propriétaire. Au contraire, une façon raisonnable d'interpréter le Contrat incitatif consiste plutôt à considérer que tous les Paiements incitatifs étaient censés être versés à LBI. Une lecture d'ensemble des différents attendus avec les clauses 3 (*Travaux de restauration*), 4 (*Paiement de l'incitatif à la restauration*) et 5.4 du Contrat incitatif mène à la conclusion que LBI avait le droit de recevoir tous les Paiements incitatifs.

[50] De plus, nous faisons nôtre le raisonnement du juge en cabinet selon lequel c'est LBI qui était propriétaire de l'Édifice au moment de sa désignation et qui a mené à bien tous les travaux de restauration dont profite maintenant 604 en tant que nouvelle propriétaire. C'est LBI qui a subi la perte de valeur et payé les travaux de restauration. Qui plus est, la désignation de l'Édifice était un facteur

to conclude now that the intention was for the Incentive Payments to go to a future owner would have no commercial rationale and would, in essence, provide 604 with an undeserved windfall.

C. *Were the Incentive Payments Sold as an Asset in the Judicial Sale?*

[51] Another submission by 604 is that it purchased the right to the Incentive Payments in the judicial sale. Once again, we disagree. The chambers judge's conclusion that the Incentive Payments were not sold in the judicial sale is well supported by the evidence.

[52] In the 604 Offer, the "Property" being purchased is defined using the legal description of the Lougheed Building (the real property) alone. The 604 Offer then lists other, ancillary, property that was to be included in the sale:

> **10.** All fixtures, equipment and chattels located on the Property and which are owned by the Vendor shall be included in the Purchase Price. The Purchaser acknowledges that certain of said fixtures, equipment and chattels are the property of the tenants of the Property and are not included in the sale hereunder.

[53] The 604 Offer also states, at para. 6, that "[a]ll leases and contracts that are assignable shall be assigned to the Purchaser as of the Closing Date and the Purchaser shall assume all obligations thereunder." In 604's submission, the Incentive Agreement was an "assignable contract" within the meaning of para. 6 and was therefore sold to 604 in the judicial sale.

[54] The chambers judge accepted that the Incentive Agreement was an "assignable contract", but concluded that it had not been sold to 604, as

que 604 pouvait prendre en compte lorsqu'elle l'a acheté. Par conséquent, conclure maintenant que l'intention des parties était que les Paiements incitatifs seraient versés à un futur propriétaire n'aurait aucune logique d'un point de vue commercial et aurait essentiellement pour effet de procurer à 604 un avantage auquel elle n'a pas droit.

C. *Les Paiements incitatifs ont-ils été vendus en tant qu'éléments d'actif lors de la vente sous contrôle de justice?*

[51] Un autre argument que fait valoir 604 est qu'elle a acquis le droit aux Paiements incitatifs à l'occasion de la vente sous contrôle de justice. Une fois de plus, nous ne sommes pas d'accord. La preuve étaye amplement la conclusion du juge en cabinet selon laquelle les Paiements incitatifs n'ont pas été vendus lors de cette vente.

[52] Dans l'Offre de 604, la « propriété » visée par l'offre d'achat est définie uniquement au moyen de la description cadastrale de l'Édifice (l'immeuble). L'Offre de 604 énumère ensuite d'autres biens accessoires devant être inclus dans la vente :

[TRADUCTION]

> **10.** Tous les accessoires fixes, équipements et biens meubles qui se trouvent sur la propriété et qui appartiennent au vendeur sont inclus dans le prix d'achat. L'acheteur reconnaît que certains de ces accessoires fixes, équipements et biens meubles appartiennent aux locataires de la propriété et ne sont pas inclus dans la vente visée aux présentes.

[53] L'Offre de 604 précise en outre, au par. 6, que [TRADUCTION] « [t]ous les baux et contrats cessibles sont cédés à l'acheteur à la date de clôture et ce dernier assume toutes les obligations en découlant. » 604 prétend que le Contrat incitatif constituait un « contrat cessible » visé au par. 6 et qu'il lui a en conséquence été cédé à l'occasion de la vente sous contrôle de justice.

[54] Le juge en cabinet a retenu la prétention selon laquelle le Contrat incitatif était un [TRADUCTION] « contrat cessible », mais il a conclu que ce contrat

para. 6 concerns only contracts that are "ancillary to the Property" (para. 62). He found that para. 6 does not expand the scope of the "Property" being acquired; rather, it merely addresses the process for the transaction. He observed that if 604 had intended to purchase the Incentive Payments, its offer would have expressly mentioned them either in the initial definition of the "Property" or in the list of ancillary property at para. 10.

[55] In our view, the chambers judge did not make a palpable and overriding error in his interpretation of the 604 Offer. He sensibly limited the scope of para. 6 to "assignable contracts" that were ancillary to the real property. As Heritage argues, there may have been other contracts to which LBI was a party — for example, car leases or club memberships — and 604 cannot be said to have purchased all such contracts just because they were "assignable contracts". Given the substantial value of the Incentive Payments, if 604 had intended to purchase the Incentive Payments, its offer would likely have stated this expressly. Instead, there is no indication, express or otherwise, that 604 intended to purchase the Incentive Payments.

[56] Further, the circumstances of the 604 Offer support the chambers judge's conclusion. As O'Brien J.A. observed, the statement of claim initiating the sale proceedings did not refer to the Incentive Agreement or to the Incentive Payments. In addition, neither the judicial sale listing nor the marketing brochure published pursuant to the order for sale indicated that the Incentive Payments were part of the property and assets included in the judicial sale.

D. *Is the Priority of Interests in the Incentive Payments Governed by the PPSA?*

[57] Having found that the Incentive Payments are not an interest that ran with the land and that they were not sold to 604 in the judicial sale, we must now determine whether the assignment of the Incentive Payments is governed by the *PPSA*. As

n'avait pas été cédé à 604, étant donné que le par. 6 ne vise que les contrats « accessoires à la propriété » (par. 62). Selon lui, le par. 6 n'élargit pas la définition de la « propriété » acquise; il ne porte que sur les modalités de l'opération. Le juge en cabinet a souligné que, si 604 avait eu l'intention d'acheter les Paiements incitatifs, son offre aurait fait expressément état de ceux-ci soit dans la définition initiale de la « propriété », soit dans la liste des biens accessoires, au par. 10.

[55] Selon nous, le juge en cabinet n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante dans son interprétation de l'Offre de 604. Il a avec raison limité la portée du par. 6 aux « contrats cessibles » accessoires à l'immeuble. Comme le prétend Heritage, il est possible que LBI ait été partie à d'autres contrats — par exemple des contrats de location de voiture ou des contrats d'adhésion à un club — mais on ne saurait affirmer que 604 les a tous acquis du seul fait qu'ils constituaient des « contrats cessibles ». Étant donné la valeur considérable des Paiements incitatifs, si 604 avait eu l'intention de les acquérir, elle l'aurait vraisemblablement mentionné expressément dans son offre. Au contraire, il n'y a aucune indication, expresse ou autre, que 604 entendait acheter ces paiements.

[56] De plus, les circonstances de l'Offre de 604 appuient la conclusion du juge en cabinet. Comme l'a fait remarquer le juge O'Brien, la déclaration à l'origine de la procédure de vente ne faisait pas état du Contrat incitatif ou des Paiements incitatifs. En outre, ni la fiche descriptive de la propriété mise en vente sous contrôle de justice ni la brochure publicitaire publiée conformément à l'ordonnance de vente ne précisaient que les Paiements incitatifs faisaient partie de la propriété et des éléments d'actif inclus dans la vente sous contrôle de justice.

D. *L'ordre de priorité quant aux Paiements incitatifs est-il régi par la PPSA?*

[57] Comme nous avons conclu que les Paiements incitatifs ne constituent pas un intérêt qui se rattachait au bien-fonds et qu'ils n'ont pas été vendus à 604 lors de la vente sous contrôle de justice, nous devons maintenant décider si les cessions des

we mentioned above, LBI successively assigned the Incentive Agreement to both Equitable and Heritage before it defaulted on the Equitable loan. The 604 Assignment was executed after the sale of the Lougheed Building. It appears that this assignment was registered at the Personal Property Registry, but not until after the Heritage Assignment had been registered in October 2010.

[58] Master Laycock held that the 604 Assignment was ineffective because no consideration had been paid for it. Jeffrey J. declined to decide this issue or to address the issues of assignments and redemptions. He was of the view that any question related to 604's claim to the Incentive Payments was beyond the scope of the issue before the court. The majority of the Court of Appeal, having determined that the Incentive Payments ran with the land, held that the *PPSA* did not apply. O'Brien J.A. was of the view that, "having regard both to the scope of the original application, and to the evidentiary record", the Court of Appeal was not in a position to determine which party was entitled to the Incentive Payments at that time (para. 93).

[59] In this Court, Heritage argues that the Heritage Assignment was registered before the 604 Assignment and that its interest in the Incentive Payments should therefore have priority under the *PPSA*. As for 604, it replies that the Equitable Assignment was already registered under the *PPSA* at the time of the 604 Assignment. Finally, Heritage maintains that, should this Court decline to decide the *PPSA* issue, it should at least determine whether the Incentive Payments are a chose in action so as to facilitate further proceedings between the parties.

[60] The *PPSA* applies to "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" (s. 3(1)(a)). We conclude that the Incentive Payments are a chose in action. The right to the Incentive Payments is merely contractual

Paiements incitatifs sont régies par la *PPSA*. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment, LBI a cédé le Contrat incitatif successivement à Équitable et à Heritage avant de faire défaut à l'égard du remboursement du prêt que lui avait consenti Équitable. La Cession en faveur de 604 a été conclue après la vente de l'Édifice. Cette cession semble avoir été enregistrée au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières, mais seulement après l'enregistrement de la Cession en faveur d'Heritage en octobre 2010.

[58] Le protonotaire Laycock a jugé que la Cession en faveur de 604 était inopérante, parce qu'aucune contrepartie n'avait été payée à son égard. Le juge Jeffrey de la Cour du Banc de la Reine a refusé de trancher cette question ou d'examiner celles des cessions et des rachats. D'après lui, toute question liée à la demande de 604 visant les Paiements incitatifs dépassait le cadre de la question soumise à la cour. Ayant conclu que les Paiements incitatifs se rattachaient au bien-fonds, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont décidé que la *PPSA* ne s'appliquait pas. Le juge O'Brien a quant à lui estimé que, [TRADUCTION] « eu égard à l'objet de la demande initiale et à la preuve au dossier », la Cour d'appel n'était pas en mesure de décider quelle partie avait droit aux Paiements incitatifs (par. 93).

[59] Devant notre Cour, Heritage prétend que la cession en sa faveur a été enregistrée avant la Cession en faveur de 604 et que l'intérêt qu'elle possède à l'égard des Paiements incitatifs devrait en conséquence avoir priorité suivant la *PPSA*. De son côté, 604 réplique que la Cession en faveur d'Équitable était déjà enregistrée en vertu de la *PPSA* au moment de la Cession en faveur de 604. Enfin, Heritage soutient que, si notre Cour refuse de statuer sur la question de la *PPSA*, elle devrait à tout le moins décider si les Paiements incitatifs constituent une chose non possessoire afin de faciliter le déroulement de procédures ultérieures entre les parties.

[60] La *PPSA* s'applique à [TRADUCTION] « toute opération qui crée essentiellement une sûreté, indépendamment de sa forme et de l'identité de la personne qui possède le titre relatif au bien grevé » (al. 3(1)(a)). Nous concluons que les Paiements incitatifs sont une chose non possessoire. Le droit

and is not an interest that runs with the land or that is ancillary to the real property. Therefore, it follows that, contrary to 604's suggestion, any interests in the payments are not exempt from the *PPSA* pursuant to s. 4(f) or (g) thereof. The *PPSA* governs the priority of interests in the Incentive Payments.

[61] Clause 7 of the Equitable Assignment states that the assignment was given by LBI to secure repayment of its mortgage to Equitable. Jeffrey J. held that the Equitable Assignment was only a security interest. O'Brien J.A. accepted Jeffrey J.'s conclusion, as he was also of the view that "the assignment was for purposes of securing the mortgage debt" and that it "constituted a security interest only" (para. 87).

[62] The right to the Incentive Payments, contrary to land lease payments, for example, arose only upon LBI's completion of the rehabilitation work, and their purpose was to satisfy all rights to compensation from the City that flowed from the historic resource designation and from the restoration. They were offered on a one-time basis to the owner of a newly designated building and were never meant to follow the property. This is confirmed by the fact that the parties agree that if the Incentive Payments had been made on a lump sum basis, 604 would not be entitled to recover part of that sum. We are therefore satisfied that the *PPSA* applies to the Incentive Payments.

[63] This being said, to the extent that the parties disagree about the effect of the assignments and the resulting priorities, we would remit this issue alone to a master in chambers to be decided in accordance with our findings above. However, we note that in light of our conclusion that the Equitable Assignment created a security interest only, the most Equitable could have transferred to 604 was its security interest. In this regard, this Court's reasons in the related appeal, *Krayzel Corp. v. Equitable Trust*

aux Paiements incitatifs a simplement un caractère contractuel et n'est pas un intérêt rattaché au bien-fonds ou accessoire à l'immeuble. Contrairement à ce que prétend 604, il s'ensuit qu'aucune cession relative à ces paiements n'échappe à l'application de la *PPSA* par l'effet de l'al. 4(f) ou (g) de cette loi. La *PPSA* régit l'ordre de priorité des Paiements incitatifs.

[61] La clause 7 de la Cession en faveur d'Équitable précise que la cession a été consentie par LBI pour garantir le remboursement de son hypothèque à Équitable. Le juge Jeffrey a statué que cette cession ne constituait qu'une sûreté. Le juge O'Brien a fait sienne cette conclusion du juge Jeffrey, étant lui aussi d'avis que [TRADUCTION] « la cession visait à garantir la créance hypothécaire » et qu'elle « avait uniquement créé une sûreté » (par. 87).

[62] Contrairement à ce qui aurait été le cas s'il s'était agi, par exemple, de paiements découlant d'un bail foncier, le droit aux Paiements incitatifs a pris naissance uniquement lorsque LBI a terminé les travaux de restauration. Ces paiements visaient la satisfaction de l'ensemble des droits à une indemnisation par la Ville pour la désignation de l'Édifice comme ressource historique et pour la restauration de celui-ci. Les paiements constituaient une offre globale à la seule intention du propriétaire d'un édifice récemment désigné et ils n'étaient aucunement censés suivre la propriété. Cette conclusion est confirmée par le fait que les parties s'accordent pour dire que, si les Paiements incitatifs avaient été versés sous forme de somme forfaitaire, 604 n'aurait eu droit à aucune partie de cette somme. Nous sommes donc convaincus que la *PPSA* s'applique aux Paiements incitatifs.

[63] Cela dit, dans la mesure où les parties ne s'entendent pas sur l'effet des cessions et sur l'ordre de priorité en découlant, nous sommes d'avis de renvoyer ce seul aspect à un protonotaire en chambre pour décision conformément aux conclusions que nous énonçons. Nous tenons toutefois à signaler que, vu notre conclusion selon laquelle la Cession en faveur d'Équitable a simplement créé une sûreté, la seule chose qu'Équitable aurait pu transférer à 604 était sa sûreté. À cet égard, les motifs exposés par

Co., 2016 SCC 18, [2016] 1 S.C.R. 273, which are being issued concurrently with the reasons in this appeal, will have to be considered in any further proceedings relating to the Incentive Payments.

VI. Conclusion

[64] We would allow the appeal and restore the order of the master in chambers, with costs throughout to Heritage and LBI as against 604. The Incentive Payments arising under the Incentive Agreement are not an interest in land by operation of the *HRA* and are not among the assets sold to 604. If the parties disagree about the order of priorities under the *PPSA* between the Heritage Assignment and the 604 Assignment, we would remit this issue alone to a master in chambers to be decided in accordance with the foregoing findings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Solicitors for the respondents the Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson and the Heritage Property Corporation: Willow Park Law Office, Calgary.

Solicitors for the respondent 604 1st Street S.W. Inc.: Gowling WLG (Canada) Inc., Calgary.

notre Cour dans le pourvoi connexe *Krayzel Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 18, [2016] 1 R.C.S. 273, qui est décidé en même temps que le présent appel, devront être pris en compte dans toutes procédures ultérieures portant sur les Paiements incitatifs.

VI. Conclusion

[64] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du protonotaire en chambre, avec dépens payables par 604 en faveur d'Heritage et de LBI devant toutes les cours. Les Paiements incitatifs prévus par le Contrat incitatif ne constituent pas un intérêt foncier par l'effet de la *HRA* et ils ne font pas partie des éléments d'actif vendus à 604. Si les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si c'est la Cession en faveur d'Heritage ou la Cession en faveur de 604 qui a priorité en vertu de la *PPSA*, nous sommes d'avis de renvoyer cette seule question à un protonotaire en chambre pour qu'elle soit tranchée conformément aux conclusions que nous énonçons.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intimés Lougheed Block Inc., Neil John Richardson, Hugh Daryl Richardson et Heritage Property Corporation : Willow Park Law Office, Calgary.

Procureurs de l'intimée 604 1st Street S.W. Inc. : Gowling WLG (Canada) Inc., Calgary.

Attorney General of Canada and Canada Revenue Agency *Appellants*

v.

Chambre des notaires du Québec and Barreau du Québec *Respondents*

and

Advocates' Society, Canadian Bar Association, Federation of Law Societies of Canada and Criminal Lawyers' Association *Interveners*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Chambre des notaires du Québec

2016 SCC 20

File No.: 35892.

2015: November 3; 2016: June 3.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of rights — Search and seizure — Professional secrecy of notaries and lawyers — Income tax — Tax audit and collection — Whether ss. 231.2(1) and 231.7 and definition of "solicitor-client privilege" set out in s. 232(1) of Income Tax Act infringe right guaranteed by s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms insofar as they apply to lawyer or notary — If so, whether that impairment can be justified under s. 1 of Charter — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege".

Taxation — Income tax — Enforcement — Professional secrecy of notaries and lawyers — Statutory provision requiring provision of documents or information for audit or enforcement purposes — Constitutional validity of requirement scheme with respect to notaries

Procureur général du Canada et Agence du revenu du Canada *Appelants*

c.

Chambre des notaires du Québec et Barreau du Québec *Intimés*

et

Advocates' Society, Association du Barreau canadien, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et Criminal Lawyers' Association *Intervenantes*

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Chambre des notaires du Québec

2016 CSC 20

N° du greffe : 35892.

2015 : 3 novembre; 2016 : 3 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Impôt sur le revenu — Vérification fiscale et recouvrement — Dans la mesure où les art. 231.2(1) et 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée à l'art. 232(1) de la Loi de l'impôt sur le revenu visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel du notaire et de l'avocat — Disposition législative exigeant la production de documents ou la fourniture de renseignements pour fins de vérification ou d'exécution — Validité constitutionnelle du régime

and lawyers and of exception for accounting records of lawyer provided for in definition of "solicitor-client privilege" set out in Act — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege".

Some notaries practising law in Quebec received requirements to provide documents or information from the Minister of National Revenue under s. 231.2 of the *ITA*. The purpose of these requirements was to obtain information or documents relating to clients of the notaries for tax collection or audit purposes. Some of the notaries who received such requirements contacted the Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») to raise concerns about their clients' right to professional secrecy. The Chambre instituted a declaratory action against the Attorney General of Canada and the Canada Revenue Agency ("CRA") for the purpose of having ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the exception for the accounting records of notaries and lawyers set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) declared to be unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries. The Barreau du Québec (« Barreau ») joined in the proceedings as an intervener for the purpose of having any declaration made by the courts concerning the legislative provisions in question apply equally to its members.

The Superior Court and the Court of Appeal ruled in favour of the Chambre and the Barreau. The Court of Appeal found that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) are unconstitutional and of no force or effect with respect to Quebec notaries and lawyers for all information and documents protected by professional secrecy.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 8 of the *Charter* protects against unreasonable searches and seizures. There are two questions that must be answered to determine whether a government action was contrary to s. 8: whether the government action intruded upon an individual's reasonable expectation of privacy, in which case it constituted a seizure within the meaning of s. 8, and whether the seizure was an unreasonable intrusion on that right to privacy.

The first of these questions is not problematic, as the Court has already established that a requirement constitutes a seizure within the meaning of s. 8. The seizure in

des demandes péremptoires à l'égard des notaires et des avocats et de l'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure dans la loi — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

Des notaires pratiquant le droit au Québec reçoivent des demandes péremptoires du ministre du Revenu national formulées sous l'autorité de l'art. 231.2 de la *LIR*. Ces demandes visent l'obtention de renseignements ou de documents à l'égard de clients de ces notaires, aux fins de mesures de recouvrement ou de vérification fiscale. Certains notaires qui reçoivent de telles demandes communiquent alors avec la Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») et soulèvent des craintes à l'égard du droit au secret professionnel de leurs clients. Dans ce contexte, la Chambre intente un recours déclaratoire contre le procureur général du Canada et l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), afin de faire déclarer les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, de même que l'exception relative aux relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » du par. 232(1), inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l'égard des notaires. Le Barreau du Québec (« Barreau ») s'est joint à la procédure à titre d'intervenant, afin que toute déclaration rendue par les tribunaux sur les dispositions législatives concernées soit également applicable à ses membres.

La Cour supérieure et la Cour d'appel donnent raison à la Chambre et au Barreau. La Cour d'appel conclut que, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le par. 231.2(1), l'art. 231.7 et l'exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) sont inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l'égard des notaires et avocats du Québec, et ce, pour tous les renseignements et documents protégés par le secret professionnel.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 8 de la *Charte* fournit une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Pour déterminer si une action gouvernementale est contraire à l'art. 8, il faut répondre à deux questions, soit celle de savoir si l'action gouvernementale empiète sur une attente raisonnable au respect de la vie privée d'un particulier, auquel cas elle constitue une saisie au sens de l'art. 8, et celle de savoir si la saisie représente une atteinte abusive à ce droit à la vie privée.

La première question ne pose pas problème, puisque la Cour a déjà établi que la demande péremptoire constitue une saisie au sens de l'art. 8. La saisie en l'espèce

this case involves information or documents that may be protected by the professional secrecy of notaries or lawyers. Professional secrecy must remain as close to absolute as possible, and it is generally seen as a fundamental and substantive rule of law. In this respect, professional secrecy has a deep significance regardless of the nature of the legal advice being sought or the context in which it is sought. For the purposes of the analysis under s. 8 of the *Charter*, the civil and administrative context of the requirement scheme does not diminish the taxpayer's expectation of privacy for information that is protected by professional secrecy. A client of a notary or a lawyer has a reasonable expectation of privacy for information and documents that are in the possession of the notary or lawyer and in respect of which a requirement is issued.

In answering the second question, the courts must balance the interests at stake, namely an individual's privacy interest on the one hand and the state's interest in carrying out a search or seizure on the other. Where the interest at stake is the professional secrecy of legal advisers, which is a principle of fundamental justice and a legal principle of supreme importance, the usual balancing exercise under s. 8 will not be particularly helpful. Stringent standards must be adopted to protect professional secrecy. This means that any legislative provision that interferes with professional secrecy more than is absolutely necessary will be labelled unreasonable.

In this case there are several defects that cause a requirement sent to a notary or lawyer concerning information that is protected by professional secrecy to be unreasonable and contrary to s. 8, namely that the client is given no notice of the requirement, that an inappropriate burden is placed solely on the notary or lawyer concerned, that compelling disclosure of the information being sought is not absolutely necessary and that no measures have been taken to help mitigate the impairment of professional secrecy. The requirement scheme serves legitimate purposes, namely the collection of amounts owed to the CRA and tax audits, but the existence of an important purpose cannot justify sidestepping the protection afforded by s. 8 of the *Charter*. The constitutional defects in the requirement scheme are all the more unacceptable given that they could easily be mitigated and remedied by way of measures that are compatible with the state's obligations relating to the protection of professional secrecy. Currently, therefore, the impairment permitted by the requirement scheme set out in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA* is not consistent with the principle of minimization.

vise des renseignements ou documents qui peuvent contenir des informations protégées par le secret professionnel du notaire ou de l'avocat. Le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible et est généralement considéré comme une règle de droit fondamentale et substantielle. Sous ce rapport, le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l'avis juridique sollicité. Aux fins de l'analyse au regard de l'art. 8 de la *Charte*, le contexte civil et administratif dans lequel se retrouve le régime des demandes péremptoires ne diminue pas les attentes relatives à la vie privée du contribuable en matière d'information protégée par le secret professionnel. Le client a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux renseignements et aux documents visés par une demande péremptoire qui sont en la possession de son notaire ou de son avocat.

Pour répondre à la deuxième question, les tribunaux doivent pondérer les intérêts en cause, soit, d'une part, l'intérêt à la vie privée d'un individu et, d'autre part, celui de l'État à entreprendre une fouille, perquisition ou saisie. Lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel du conseiller juridique — un principe de justice fondamentale et de droit de la plus haute importance — l'exercice d'évaluation habituellement entrepris au regard de l'art. 8 ne s'avèrera pas particulièrement utile. Il faut adopter des normes rigoureuses pour assurer la protection du secret professionnel. Sera donc qualifiée d'abusive toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire.

En l'espèce, plusieurs lacunes rendent abusives et contraires à l'art. 8 les demandes péremptoires adressées à un notaire ou à un avocat en ce qui concerne l'information protégée par le secret professionnel, soit : l'absence d'avis au client de la demande péremptoire, le fardeau inopportun placé uniquement sur les épaules du notaire et de l'avocat visé, l'absence de nécessité absolue de forcer la divulgation recherchée et l'absence de mesures pour favoriser une atténuation des atteintes au secret professionnel. Le régime des demandes péremptoires poursuit un but légitime, soit le recouvrement de sommes dues à l'ARC et la vérification fiscale, mais l'existence d'un objectif important ne peut justifier de faire abstraction des protections qu'offre l'art. 8 de la *Charte*. Les lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires sont d'autant plus intolérables qu'elles pourraient facilement être atténuées et corrigées par des mesures qui respectent les obligations de l'État en matière de protection du secret professionnel. Ainsi, à l'heure actuelle, l'atteinte que permet le régime des demandes péremptoires prévu au par. 231.2(1) et à l'art. 231.7 de la *LIR* ne respecte pas le principe de minimisation.

The exception whose effect is to exclude the accounting records of notaries and lawyers from the protection of professional secrecy and which is set out in s. 232(1) of the *ITA* also infringes the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. To determine whether an abrogation of professional secrecy in the context of a seizure is constitutional, a court must consider what characterizes professional secrecy as a substantive right. Thus, a legislative provision cannot, by abrogating professional secrecy, authorize the state to gain access to information that is normally protected, where the abrogation is not absolutely necessary to achieve the purposes of the legislation. Limits on professional secrecy must take into account the duty recognized by the Court to minimize impairments, and the exceptions must be precisely defined. In this case, the exception is broad and undefined, as it permits the seizure of any accounting record of a notary or a lawyer, and is therefore problematic from the standpoint of the absolute necessity test. Moreover, for all practical purposes, the exception removes from the court's jurisdiction the determination of whether accounting records in respect of which a requirement has been issued are privileged. In sum, in the absence of absolute necessity and given that there is no possibility of judicial review to ensure that professional secrecy is protected, the accounting records exception allows the unreasonable seizure of information found in the accounting records of notaries or lawyers.

Because the statutory provisions in question — ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA* — do not minimally impair the right to professional secrecy, they cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. As for the appropriate remedy in this case, since the Court has already found that the requirement scheme is generally constitutional insofar as requirements are sent to taxpayers, it is neither necessary nor appropriate to find that the entire scheme is invalid. The requirement scheme in the *ITA* infringes s. 8 of the *Charter* and must be declared to be unconstitutional insofar as it applies to notaries and lawyers in Quebec. Section 231.2(1) of the *ITA*, which authorizes the Minister to send requirements, and s. 231.7 of the *ITA*, which authorizes the Minister to apply to a court to follow up on a requirement, are unconstitutional, and inapplicable to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers. The exception for a lawyer's accounting records set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* is unconstitutional and invalid.

L'exception qui a pour effet d'exclure les relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat de la protection du secret professionnel et qui est prévue au par. 232(1) de la *LIR* porte également atteinte aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. L'analyse de la validité constitutionnelle d'une suppression du secret professionnel dans le cadre d'une saisie doit tenir compte de ce qui le caractérise en tant que droit substantiel. Ainsi, une disposition législative ne peut permettre à l'État d'avoir accès à une information normalement protégée en supprimant le secret professionnel au-delà de la mesure dans laquelle la suppression est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la loi. Les restrictions au secret professionnel doivent tenir compte de l'obligation de minimisation des atteintes reconnue par la Cour et les exceptions doivent être circonscrites avec précision. En l'espèce, l'exception est large et non définie, permettant la saisie de tout relevé comptable d'un notaire ou d'un avocat et en ce sens, elle est problématique du point de vue du critère de la nécessité absolue. De plus, l'exception fait en sorte que le contrôle judiciaire du caractère privilégié des relevés comptables visés par une demande péremptoire est à toutes fins pratiques éliminé. En somme, en l'absence d'une nécessité absolue et de tout contrôle judiciaire visant à assurer la protection du secret professionnel, l'exception relative aux relevés comptables rend abusive la saisie d'information contenue dans les relevés comptables de notaires ou d'avocats.

Puisque les dispositions législatives concernées, que ce soit le par. 231.2(1), l'art. 231.7 ou l'exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) de la *LIR*, ne constituent pas une atteinte minimale au secret professionnel, elles ne peuvent être sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*. Quant à la réparation convenable en l'espèce, puisque la Cour a déjà reconnu le régime des demandes péremptoires comme étant, règle générale, constitutionnel dans la mesure où les demandes sont envoyées aux contribuables, il n'est ni nécessaire ni opportun d'invalider le régime dans son entièreté. Le régime des demandes péremptoires de la *LIR* contrevient à l'art. 8 de la *Charte* et doit être déclaré inconstitutionnel dans la mesure où il s'applique aux notaires et aux avocats du Québec. Le paragraphe 231.2(1) de la *LIR*, qui autorise le Ministre à envoyer des demandes péremptoires, et l'art. 231.7 de la *LIR*, qui l'autorise à s'adresser aux tribunaux pour y donner suite, sont inconstitutionnels et inapplicables aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques. L'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est inconstitutionnelle et invalide.

Cases Cited

Distinguished: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; **applied:** *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; **referred to:** *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381; *Organic Research Inc. v. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the ministère du Revenu, R.S.Q., c. M-31 [now *Tax Administration Act*, CQLR, c. A-6.002], s. 39.
Act to amend the Income Tax Act, S.C. 1956, c. 39, s. 28.
Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, S.C. 1965, c. 18, s. 26.
Act to facilitate the payment of support, CQLR, c. P-2.2, s. 57.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8.
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, s. 9.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 488.1.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; **arrêts appliqués :** *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; **arrêts mentionnés :** *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381; *Organic Research Inc. c. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8.
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 9.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 488.1.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 230 à 232, 231.1, 231.2, 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat », (2)a), 238.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148.
Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires, RLRQ, c. P-2.2, art. 57.
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28.

Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 230 to 232, 231.1, 231.2, 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege", (2)(a), 238.

Authors Cited

Geddes, Gloria. "The Fragile Privilege: Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege" (1999), 47 *Can. Tax J.* 799.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8., revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Bich, Léger and Fournier JJ.A.), 2014 QCCA 552, [2014] AZ-51056416, [2014] J.Q. nº 2296 (QL), 2014 CarswellQue 8337 (WL Can.), setting aside in part a decision of Blanchard J., 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069, [2010] AZ-50670160, [2010] J.Q. nº 8868 (QL), 2010 CarswellQue 9351 (WL Can.). Appeal dismissed.

Marc Ribeiro, *Christopher Rupar* and *Chantal Comtois*, for the appellants.

Raymond Doray and *Loïc Berdnikoff*, for the respondent Chambre des notaires du Québec.

Giuseppe Battista, for the respondent Barreau du Québec.

Pierre Bienvenu and *Andres Garin*, for the intervener the Advocates' Society.

Mahmud Jamal, *Alexandre Fallon* and *W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Bar Association.

John B. Laskin and *Yael Bienenstock*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Brian Gover, *Justin Safayeni* and *Carlo Di Carlo*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, S.C. 1965, c. 18, art. 26.

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., c. M-31 [maintenant *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002], art. 39.

Doctrine et autres documents cités

Geddes, Gloria. « The Fragile Privilege : Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege » (1999), 47 *Rev. fisc. can.* 799.

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, revised by John T. McNaughton, Boston, Little, Brown, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Bich, Léger et Fournier), 2014 QCCA 552, [2014] AZ-51056416, [2014] J.Q. nº 2296 (QL), 2014 CarswellQue 1639 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Blanchard, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069, [2010] AZ-50670160, [2010] J.Q. nº 8868 (QL), 2010 CarswellQue 9351 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Marc Ribeiro, *Christopher Rupar* et *Chantal Comtois*, pour les appelants.

Raymond Doray et *Loïc Berdnikoff*, pour l'intimée la Chambre des notaires du Québec.

Giuseppe Battista, pour l'intimé le Barreau du Québec.

Pierre Bienvenu et *Andres Garin*, pour l'intervenante Advocates' Society.

Mahmud Jamal, *Alexandre Fallon* et *W. David Rankin*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

John B. Laskin et *Yael Bienenstock*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Brian Gover, *Justin Safayeni* et *Carlo Di Carlo*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] In this appeal, the Attorney General of Canada ("AGC") and the Canada Revenue Agency ("CRA"), on the one hand, and the Chambre des notaires du Québec ("Chambre") and the Barreau du Québec ("Barreau"), on the other, disagree about the requirement procedure set out in the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"). This procedure enables the tax authorities to require any person to provide information or documents for any purpose related to the administration of the *ITA*.

[2] The Chambre and the Barreau submit that, when a "requirement to provide documents or information" is sent to a notary or a lawyer, there is a risk that the information or documents being sought will, unbeknownst to the legal adviser's client, reveal particulars that are protected by the professional secrecy of notaries and lawyers, otherwise known as solicitor-client privilege. To this extent, it is argued, the relevant provisions of the *ITA* infringe the rights guaranteed by ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*"), and the infringement cannot be justified under s. 1.

[3] The AGC and the CRA counter that the Canadian tax system is based on the principle of self-reporting and self-assessment, which means that the tax authorities must rely on broad powers of audit to ensure the system's integrity. In this regard, they argue, the requirement procedure does not infringe any section of the *Charter*. Because the requirements in question are issued in an administrative context, not a criminal one, taxpayers have a lower expectation of privacy. In addition, according to the exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA*, the accounting records of a notary or a lawyer, which contain information that is *prima facie* not privileged, are not protected by professional

Le jugement de la Cour a été rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans le présent pourvoi, le procureur général du Canada (« PGC ») et l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), d'une part, et la Chambre des notaires du Québec (« Chambre ») et le Barreau du Québec (« Barreau »), d'autre part, s'affrontent au sujet de la procédure de demandes péremptoires prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »). Ces demandes péremptoires permettent aux autorités fiscales de requérir de toute personne des renseignements ou documents dans le cadre de l'application de la *LIR*.

[2] La Chambre et le Barreau soutiennent que, lorsque les demandes péremptoires sont adressées à un notaire ou à un avocat, il y a un risque que les renseignements ou documents recherchés divulguent, à l'insu du client du conseiller juridique, de l'information protégée par le secret professionnel. Dans cette mesure, les dispositions pertinentes de la *LIR* porteraient atteinte aux droits garantis par les art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »). Cette atteinte ne pourrait se justifier en vertu de l'article premier.

[3] Le PGC et l'ARC rétorquent que le régime fiscal canadien repose sur le principe de l'autodéclaration et de l'autocotisation. Les autorités fiscales doivent en conséquence compter sur de vastes pouvoirs de vérification pour en assurer l'intégrité. Sous ce rapport, la procédure de demandes péremptoires n'enfreindrait aucun article de la *Charte*. Puisque ces demandes sont faites dans un contexte administratif et non criminel, les attentes des contribuables quant à leur vie privée seraient moins élevées. En outre, selon l'exception contenue à la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, les relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat, qui renferment des informations de prime

secrecy ("the accounting records exception"). The AGC and the CRA submit that this exception is valid and that the CRA should have access to information of this nature by means of requirements issued to such legal advisers.

[4] The Superior Court and the Court of Appeal ruled in favour of the Chambre and the Barreau. The Court of Appeal found that, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception are unconstitutional and of no force or effect with respect to Quebec notaries and lawyers for all information and documents protected by professional secrecy. We are in substantial agreement and would dismiss the appeal.

[5] The Court has held in the past that professional secrecy is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49). It is also a civil right of supreme importance in the Canadian justice system. Professional secrecy must thus remain as close to absolute as possible, and the courts must adopt stringent standards to protect it.

[6] A requirement under the *ITA* constitutes a seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The seizures made in this case are unreasonable and are contrary to that section, because the requirement scheme and the exception for accounting records do not provide adequate protection for the professional secrecy of notaries and lawyers. The procedure set out in the *ITA* does not require that the client, who is the holder of the privilege, be informed of the requirement or of any proceeding brought by the CRA to obtain an order to provide information or documents. The procedure also places the entire burden of protecting the privilege on the notary or lawyer. Finally, the AGC and the CRA have not established that it is absolutely necessary here to impair professional secrecy. Because the impugned provisions do not minimally impair the right to professional secrecy, they also cannot be saved under

abord non privilégiées, ne sont pas couverts par le secret professionnel (« l'exception relative aux relevés comptables »). Cette exception serait valide et l'ARC devrait avoir accès à ce type d'information dans le cadre des demandes péremptoires faites auprès de ces conseillers juridiques.

[4] La Cour supérieure et la Cour d'appel ont donné raison à la Chambre et au Barreau. La Cour d'appel a conclu que, en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le par. 231.2(1), l'art. 231.7 et l'exception relative aux relevés comptables sont inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l'égard des notaires et avocats du Québec, et ce, pour tous les renseignements et documents protégés par le secret professionnel. Nous sommes d'accord pour l'essentiel et nous rejetterions l'appel.

[5] La Cour a déjà reconnu que le secret professionnel est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49). C'est aussi un droit civil de la plus haute importance dans le système de justice canadien. Le secret professionnel doit donc demeurer aussi absolu que possible, et les tribunaux doivent adopter des normes rigoureuses afin d'en assurer la protection.

[6] Une demande péremptoire sous le régime de la *LIR* constitue une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Or, les saisies effectuées en l'espèce sont abusives et violent cet article, car le régime des demandes péremptoires et l'exception relative aux relevés comptables ne protègent pas adéquatement le secret professionnel du notaire et de l'avocat. En effet, la procédure prévue par la *LIR* n'exige pas que le client, détenteur du privilège, soit informé de la demande péremptoire ou de tout recours entrepris par l'ARC pour obtenir une ordonnance de production. De plus, cette procédure fait reposer tout le poids de la protection du privilège sur les épaules du notaire ou de l'avocat. Enfin, le PGC et l'ARC n'établissent pas qu'il y a ici nécessité absolue de porter atteinte à ce secret professionnel. Les dispositions attaquées ne constituant pas une atteinte minimale au droit au secret professionnel,

s. 1. In light of this conclusion, a separate analysis under s. 7 of the *Charter* will not be necessary.

II. Background

A. *Requirement Scheme of the ITA*

[7] Three provisions of the *ITA* relating to the requirement scheme are central to this appeal. They are set out in full in the appendix.

[8] The first of these provisions, s. 231.2(1), authorizes the Minister of National Revenue ("Minister"), by notice served personally or by registered or certified mail, to require a person to provide information or documents concerning a taxpayer within a reasonable time stipulated in the notice. This section therefore allows the CRA, for and on behalf of the Minister, to send a notary or lawyer a requirement concerning a client. But in most cases, the client in question has no knowledge of the requirement. The CRA generally sends the notice to the notary or lawyer without sending a copy to the client, that is, to the taxpayer about whom information is being sought. Moreover, the requirement is issued without judicial intervention.

[9] The second provision, s. 231.7, comes into play where a person to whom a requirement is issued refuses to provide the information or documents being sought. In such a case, this section provides that the Minister may have recourse to the courts by means of a proceeding of a summary nature. Section 231.7 authorizes a judge, on application by the Minister, to order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister if the judge is satisfied that the person in question did not do so when required under s. 231.1 or 231.2 of the *ITA*. However, this section provides that the judge may make an order in respect of the information or document being sought only if the information or

elles ne peuvent par ailleurs être sauvegardées en application de l'article premier. Compte tenu de cette conclusion, une analyse distincte au regard de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas nécessaire.

II. Contexte

A. *Le régime des demandes péremptoires de la LIR*

[7] Trois dispositions de la *LIR* relatives au régime des demandes péremptoires sont au cœur du pourvoi. Elles sont reproduites intégralement en annexe.

[8] La première disposition, le par. 231.2(1), permet au ministre du Revenu national (« Ministre ») d'exiger d'une personne, par voie d'avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, qu'elle fournisse des informations ou produise des documents à l'égard d'un contribuable, et ce, dans un délai raisonnable précisé dans l'avis. En ce qui touche un notaire ou un avocat, ce paragraphe permet ainsi à l'ARC, pour et au nom du Ministre, de leur acheminer une demande péremptoire à l'égard de leurs clients. Dans la plupart des cas, cette demande se fait cependant à l'insu de ces clients. De façon générale, l'avis est en effet acheminé au notaire ou à l'avocat sans qu'une copie ne soit transmise au client, le contribuable à l'égard duquel on cherche à obtenir de l'information. La demande se fait en outre sans intervention des tribunaux.

[9] La deuxième disposition, l'art. 231.7, entre en jeu lorsque la personne à qui est adressée une demande péremptoire refuse de fournir les renseignements ou les documents recherchés. Dans un tel cas, aux termes de cet article le Ministre peut avoir recours aux tribunaux au moyen d'une procédure qui se veut sommaire. Sur demande du Ministre, l'article permet à un juge, s'il est convaincu qu'une personne ne l'a pas fait alors qu'elle y était tenue en vertu des art. 231.1 ou 231.2 de la *LIR*, d'ordonner à cette dernière de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le Ministre cherche à obtenir. Par contre, l'article prévoit que le juge ne peut prononcer une ordonnance à l'égard des renseignements ou des

document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege within the meaning of s. 232(1) of the *ITA*.

[10] The third provision is the definition of "solicitor-client privilege" set out in s. 232(1):

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

[11] This definition was added to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, in 1956 (c. 39, s. 28). At the time, professional secrecy had not yet attained the status it is given today. As for the "accounting record of a lawyer" exception, it was added to the definition in 1965 (c. 18, s. 26), although the term "accounting record" is not defined in the *ITA*. The definition and the exception have remained unchanged since they were first enacted. The third paragraph of s. 232(1) provides that, for the purposes of s. 232, the term "lawyer" includes both notaries and advocates in Quebec.

[12] It should be added that the *ITA*'s requirement scheme provides for sanctions up to and including imprisonment for persons who have failed to comply with any of ss. 230 to 232 (s. 238(1) of the *ITA*, also reproduced in the appendix). However, a notary or lawyer who is prosecuted for failure to comply with a requirement can raise professional secrecy as a defence and must be acquitted if the judge is satisfied that the notary or lawyer had reasonable grounds to believe that solicitor-client privilege applied to the information or document being sought (s. 232(2)(a) of the *ITA*).

documents recherchés que si le privilège des communications entre client et avocat, au sens du par. 232(1) de la *LIR*, ne peut être invoqué à leur endroit.

[10] La troisième disposition est la définition du privilège des communications entre client et avocat qu'édicte le par. 232(1) :

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

[11] Cette définition a été ajoutée à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148, en 1956 (c. 39, art. 28). À l'époque, le secret professionnel n'avait pas encore atteint le statut qu'on lui reconnaît aujourd'hui. L'exception relative au « relevé comptable d'un avocat » a quant à elle été ajoutée à la définition en 1965 (c. 18, art. 26); le terme « relevé comptable » n'est toutefois pas défini dans la *LIR*. Cette définition et cette exception sont demeurées inchangées depuis leur adoption. Le premier alinéa du par. 232(1) précise que pour l'application de cet article, le terme « avocat » inclut au Québec à la fois le notaire et l'avocat.

[12] Il convient d'ajouter que le régime des demandes péremptoires de la *LIR* prévoit des sanctions pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement pour les personnes qui contreviennent à l'un des art. 230 à 232 (par. 238(1) de la *LIR*, également reproduit en annexe). Le notaire ou l'avocat qui fait l'objet d'une poursuite en raison d'un défaut d'obtempérer à une demande péremptoire peut cependant invoquer le secret professionnel comme moyen de défense. Il doit être acquitté si le juge est satisfait qu'il avait des motifs raisonnables de croire que le renseignement recherché ou le document visé bénéficiait du privilège des communications entre client et avocat (al. 232(2)a) de la *LIR*).

B. *Source of the Dispute*

[13] The factual background to the parties' dispute is essentially quite simple. In recent years, notaries practising law in Quebec have received requirements issued by the CRA under s. 231.2 of the *ITA*. The purpose of all these requirements has been to obtain information or documents relating to clients of the notaries for tax collection or audit purposes. According to the CRA, the information in question falls within the accounting records exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA*. In almost every one of the requirements filed in evidence, the CRA official who sent the requirement advised the notary of the possible sanctions — namely a fine or imprisonment — for failing to comply with it.

[14] Some of the notaries who received such requirements contacted the Chambre to raise concerns about their clients' right to professional secrecy. The Chambre tried unsuccessfully to negotiate a compromise with the CRA on what should be done when requirements are issued to notaries. The failure of the negotiation led the Chambre to institute a declaratory action against the AGC and the CRA in the Superior Court for the purpose of having ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the accounting records exception declared to be unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries. The Chambre argued, *inter alia*, that those provisions authorized unreasonable seizures contrary to the *Charter* because they did not include adequate protection for professional secrecy. In its action, the Chambre also requested that a series of documents regularly held or prepared by its members in their practice be declared to be *prima facie* privileged.

[15] The Barreau, whose members are lawyers practising in Quebec to whom similar requirements could be issued for information and documents relating to their clients, joined in the proceedings as an intervener for the purpose of having any declaration

B. *La source du litige*

[13] Le litige qui oppose les parties découle d'un contexte factuel somme toute assez simple. Au cours des dernières années, des notaires pratiquant le droit au Québec reçoivent des demandes péremptoires de l'ARC formulées sous l'autorité de l'art. 231.2 de la *LIR*. Dans tous les cas, ces demandes visent l'obtention de renseignements ou de documents à l'égard de clients de ces notaires, aux fins de mesures de recouvrement ou de vérification fiscale. Selon l'ARC, il s'agit d'informations qui tombent sous l'exception relative aux relevés comptables prévue dans la définition du privilège avocat-client du par. 232(1) de la *LIR*. Dans la quasi-totalité des demandes déposées en preuve, le fonctionnaire de l'ARC qui fait parvenir la demande péremptoire avise le notaire des sanctions pénales possibles, soit l'amende ou l'emprisonnement, s'il ne donne pas suite à la demande.

[14] Certains notaires qui reçoivent de telles demandes communiquent alors avec la Chambre et soulèvent des craintes à l'égard du droit au secret professionnel de leurs clients. Dans ce contexte, la Chambre tente, mais sans succès, de négocier avec l'ARC un compromis sur la façon de procéder lorsque ces demandes péremptoires sont adressées à des notaires. En raison de cet échec, la Chambre intente un recours déclaratoire devant la Cour supérieure contre le PGC et l'ARC, afin de faire déclarer les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, de même que l'exception relative aux relevés comptables, inconstitutionnels, inopérants et sans effet à l'égard des notaires. La Chambre soutient notamment que ces dispositions autorisent des saisies abusives contraires à la *Charte*, en ce qu'elles sont dépourvues de mesures de protection adéquates pour assurer le respect du secret professionnel. Dans son recours, la Chambre cherche également à faire déclarer *prima facie* privilégiés une série de documents régulièrement détenus ou préparés par ses membres dans le cadre de leurs activités professionnelles.

[15] Le Barreau, dont les membres sont des avocats pratiquant au Québec qui peuvent faire l'objet de demandes péremptoires similaires à l'égard de renseignements et de documents relatifs à leurs clients, s'est joint à la procédure à titre d'intervenant, afin

made by the courts concerning the legislative provisions in question apply equally to its members.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069*

[16] Blanchard J. allowed the Chambre's action. He made an order declaring that ss. 231.2 and 231.7 of the *ITA* and the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* are unconstitutional and of no force or effect with respect to notaries and lawyers in Quebec for documents protected by professional secrecy. He also granted the request to recognize a list of legal documents prepared by notaries or lawyers in the practice of their profession as being *prima facie* protected by professional secrecy regardless of the medium on which the documents in question are found.

[17] In his reasons, Blanchard J. noted at the outset that there was no need for a lengthy discussion of the distinction between notaries and lawyers. Both are legal advisers. As such, they have the same duty and obligation to respect their clients' right to professional secrecy. After reviewing this Court's decisions on the professional secrecy of notaries and lawyers, Blanchard J. concluded that, in this case, there was no reason to draw a distinction based on whether the seizure in question occurred in a civil or a criminal context. He added that the distinction advanced by the CRA between "facts" and "communications" was not justified. In his view, the relationship between a legal professional and a client presupposes that all actions, documents and information resulting from that relationship are *prima facie* privileged. He also expressed the view that exceptions to professional secrecy should be made very rarely and only as a last resort.

[18] Concerning the impugned provisions of the *ITA*, Blanchard J. observed that the procedure established by Parliament does not provide a way for

que toute déclaration rendue par les tribunaux sur les dispositions législatives concernées soit également applicable à ses membres.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2010 QCCS 4215, [2010] R.J.Q. 2069*

[16] Le juge Blanchard accueille le recours de la Chambre. Il rend une ordonnance déclarant inconstitutionnels, inopérants et sans effet les art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, ainsi que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, à l'égard des notaires et des avocats du Québec en ce qui concerne les documents protégés par le secret professionnel. Il acquiesce également à la demande de reconnaître comme *prima facie* protégés par le secret professionnel une liste de documents de nature juridique préparés par un notaire ou un avocat dans le cadre de sa profession, et ce, quel que soit le support sur lequel ces documents se trouvent.

[17] Dans ses motifs, le juge Blanchard souligne d'emblée qu'il n'est pas nécessaire de discuter longuement de la distinction entre notaire et avocat. Tous deux sont des conseillers juridiques. À ce titre, ils ont les mêmes devoirs et obligations de respecter le droit au secret professionnel de leurs clients. Après un survol de la jurisprudence de notre Cour relative au secret professionnel du notaire et de l'avocat, le juge Blanchard conclut qu'il n'y a pas lieu de faire en l'espèce une distinction entre le contexte civil ou criminel des saisies concernées. Il ajoute que la distinction entre « faits » et « communications » avancée par l'ARC n'a pas sa raison d'être. À ses yeux, la relation entre un professionnel du droit et un client suppose que tous les gestes, documents et informations découlant de cette relation sont *prima facie* privilégiés. Il se dit également d'avis que les exceptions au secret professionnel devraient être rarissimes et utilisées uniquement en dernier recours.

[18] Sur les dispositions contestées de la *LIR*, le juge Blanchard note que la procédure mise en place par le législateur fédéral ne permet pas au client

clients who hold the right to professional secrecy to know that their right is in jeopardy or to ensure that it is protected: only the person against whom an order is sought has to be given notice of a summary application made by the Minister to a judge. In the context of this case, that person is the notary. The fact that a judge can order a person to provide documents does not ensure that the holder of the right to professional secrecy is given a reasonable opportunity to raise an objection in order to maintain the confidentiality of privileged information. Blanchard J. concluded that ss. 231.2 and 231.7 result in an unreasonable search and seizure contrary to s. 8 of the *Charter*.

[19] As to the accounting records exception, Blanchard J. found that it also had to be declared to be of no force or effect under the Constitution. In his view, the CRA should always have to apply directly to a superior court judge when seeking to obtain privileged information.

B. *Quebec Court of Appeal, 2014 QCCA 552*

[20] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, but solely to make a minor change to para. 125 of the trial judge's judgment and to strike out paras. 126-27 thereof. The primary purpose of the changes was to make it clear that where s. 231.2 of the *ITA* was concerned, only subs. (1) was to be declared to be of no force or effect with respect to a requirement sent to a taxpayer's notary or lawyer. In addition, the changes limited the scope of the declaration of unconstitutionality to the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA*. The paragraphs of the judgment that were struck out concerned the list of documents that Blanchard J. had recognized as being *prima facie* protected by professional secrecy. Bich J.A., who wrote the Court of Appeal's reasons, found that it was risky to establish in advance a presumption as to what documents or classes of documents were privileged.

[21] This being said, Bich J.A. accepted Blanchard J.'s conclusions about the scope of professional secrecy and noted that exceptions to

détenteur du secret professionnel de savoir que son droit est menacé, ni de veiller à sa protection. En effet, la demande sommaire du Ministre au juge ne doit être communiquée qu'à la personne visée par l'ordonnance demandée. Dans le contexte du dossier, cette personne est le notaire. Le fait qu'un juge puisse ordonner la production de documents ne garantit pas au détenteur du secret professionnel une occasion raisonnable de formuler une objection pour préserver la confidentialité des renseignements privilégiés. Le juge Blanchard en conclut que les art. 231.2 et 231.7 constituent une fouille, perquisition et saisie abusive, contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

[19] En ce qui concerne l'exception relative aux relevés comptables, le juge considère qu'elle doit aussi être déclarée constitutionnellement inopérante. Selon lui, l'ARC devrait toujours devoir s'adresser directement à un juge d'une cour supérieure si elle veut tenter d'obtenir des informations et des renseignements privilégiés.

B. *Cour d'appel du Québec, 2014 QCCA 552*

[20] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel accueille l'appel à la seule fin de modifier légèrement le par. 125 et de biffer les par. 126-127 du jugement du premier juge. Les modifications visent d'abord à préciser que, pour l'art. 231.2 de la *LIR*, seul le par. (1) doit être déclaré inopérant et sans effet dans la mesure où la demande péremptoire est adressée au notaire ou à l'avocat du contribuable. Les modifications limitent ensuite la portée de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'exception relative aux relevés comptables prévue au par. 232(1) de la *LIR*. Les paragraphes biffés concernent la liste de documents que le juge Blanchard a reconnus comme *prima facie* protégés par le secret professionnel. Pour la juge Bich qui signe les motifs de la Cour d'appel, il est hasardeux d'établir d'avance une présomption quant au caractère privilégié d'un document ou d'une catégorie de documents.

[21] Cela dit, la juge Bich accepte les conclusions du juge Blanchard sur la portée du secret professionnel et souligne que les exceptions à ce secret

professional secrecy must be rare and must be narrowly construed. In her opinion, the distinction between "facts" and "communications" is not relevant, and the expectation of privacy associated with professional secrecy is high regardless of whether the circumstances in which it might be jeopardized arise in a civil or criminal context. She agreed with Blanchard J. that there are strong similarities between the professional secrecy of legal advisers in Quebec and solicitor-client privilege in the law of the other provinces; the definition in s. 232(1) thus incorporates the law relating to professional secrecy in Quebec and all the rules on solicitor-client privilege developed by this Court.

[22] As to the requirement scheme provided for in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA*, Bich J.A. found that, insofar as it concerns notaries and lawyers, it infringes s. 8 of the *Charter* because of one principal, fatal feature: the potential breach of the professional secrecy of legal advisers without the knowledge or consent of the client in respect of whom a requirement is issued. For this reason, Bich J.A. was of the opinion that the provisions lead to an unreasonable seizure and that the impairment is not minimal, given that it does not meet the constitutional requirements for the seizure of documents that could be protected by professional secrecy. Nor, in her view, was the requirement scheme consistent with the principle of minimization enunciated in *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, according to which a seizure may be carried out at the office of a legal adviser only where there are no reasonable alternative measures for obtaining the information being sought. She added that a seizure cannot be justified by mere convenience.

[23] Bich J.A. found that the accounting records exception is equally invalid. The exception does not meet the requirements of s. 8 of the *Charter*; Parliament cannot opt out of s. 8 by enacting a legislative exception to professional secrecy. In her view, judges may not be stripped of the possibility of deciding on a case-by-case basis whether documents are protected by professional secrecy. Finally,

doivent être rares et interprétées de façon restrictive. Elle opine que la distinction entre « faits » et « communications » n'est pas pertinente et que les attentes en matière de vie privée en lien avec le secret professionnel sont élevées, peu importe le contexte, civil ou criminel, dans lequel il est susceptible d'être mis en péril. À l'instar du juge Blanchard, elle indique que les ressemblances entre le secret professionnel des conseillers juridiques québécois et le privilège des communications avocat-client dans le droit des autres provinces sont grandes; la définition du par. 232(1) incorpore donc le droit relatif au secret professionnel québécois et l'ensemble des règles relatives au privilège des communications avocat-client élaborées par notre Cour.

[22] Quant au régime des demandes péremptoires du par. 231.2(1) et de l'art. 231.7 de la *LIR*, la juge Bich considère que, dans la mesure où il concerne les notaires et les avocats, il porte atteinte à l'art. 8 de la *Charte* en raison d'une caractéristique dominante fatale : la violation potentielle du secret professionnel du conseiller juridique sans que le client visé par la demande péremptoire en ait connaissance ou y ait consenti. Pour cette raison, la juge Bich est d'avis que les dispositions mènent à une saisie abusive et que cette atteinte n'est pas minimale, puisqu'elle ne répond pas aux exigences constitutionnelles en matière de saisie de documents potentiellement protégés par le secret professionnel. Elle estime que le régime des demandes péremptoires ne respecte pas non plus le principe de minimisation énoncé dans *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, selon lequel la saisie auprès d'un conseiller juridique ne doit avoir lieu que lorsqu'il n'y a aucune autre mesure raisonnable qui permette d'obtenir l'information recherchée. Elle précise qu'une saisie ne se justifie pas par simple commodité.

[23] La juge Bich considère tout autant invalide l'exception relative aux relevés comptables. Cette exception ne respecte pas les exigences de l'art. 8 de la *Charte*; le législateur ne peut pas se soustraire à cet article en édictant une exception législative au secret professionnel. Selon elle, les juges ne peuvent être privés de la possibilité de décider au cas par cas si des documents bénéficient de la

Bich J.A. noted that the scheme does not include measures that would satisfy the minimal impairment requirement that applies in respect of professional secrecy, and that as a result it cannot be saved under s. 1.

IV. Issues

[24] The Chief Justice stated the following constitutional questions for the purposes of the appeal:

1. Do ss. 231.2(1) and 231.7 and the definition of "solicitor-client privilege" set out in s. 232(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe a right guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they apply to a lawyer or a notary?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Do ss. 231.2(1) and 231.7 and the definition of "solicitor-client privilege" set out in s. 232(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), infringe the right guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* insofar as they apply to a lawyer or a notary?

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[25] As can be seen from these questions, the constitutional validity of the relevant provisions of the *ITA* is at issue under both s. 7 and s. 8 of the *Charter*. In *Lavallee*, at para. 34, and in *Canada*

protection du secret professionnel. Enfin, la juge Bich souligne que le régime ne prévoit pas de mesures qui répondent au critère de l'atteinte minimale applicable en matière de secret professionnel, si bien qu'il ne peut être sauvegardé par application de l'article premier.

IV. Questions en litige

[24] La Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes pour les fins du pourvoi :

1. Dans la mesure où le par. 231.2(1), l'art. 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte à un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée 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 suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Dans la mesure où le par. 231.2(1), l'art. 231.7 et la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), visent un avocat ou un notaire, ces dispositions portent-elles atteinte au droit garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une atteinte portée 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 suivant l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[25] Comme la formulation de ces questions l'indique, la validité constitutionnelle des dispositions pertinentes de la *LIR* se soulève tant au regard de l'art. 7 que de l'art. 8 de la *Charte*. Dans *Lavallee*,

(Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401 ("*FLS*"), at para. 33, the Court stated that there is no need to undertake a s. 7 analysis where a s. 8 analysis leads to the conclusion that the impugned provisions are unconstitutional.

[26] Since that is in fact the conclusion we reach in the instant case, it will suffice for us to begin by outlining the framework for the s. 8 analysis and then to discuss the constitutional defects identified by the courts below in the requirement scheme as a whole and more particularly in the accounting records exception. Because the scope of the professional secrecy of legal advisers is central to this case, it will be necessary for us to discuss it in our analysis, as the Superior Court and the Court of Appeal did in their respective reasons.

V. Analysis

A. *Section 8 and Professional Secrecy*

[27] Section 8 of the *Charter* does not explicitly protect professional secrecy. Rather, it protects against unreasonable searches and seizures. There are two questions that must be answered to determine whether a government action was contrary to s. 8. The first is whether the government action intruded upon an individual's reasonable expectation of privacy. If it did, it constitutes a seizure within the meaning of s. 8. The second is whether the seizure was an unreasonable intrusion on that right to privacy (*R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 33; *Lavallee*, at para. 35). In the case at bar, the first step is not really problematic, as the Court held in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, that a requirement under s. 231(3) of the *ITA* (now s. 231.2(1)) constitutes a seizure within the meaning of s. 8 (pp. 641-42).

(1) Reasonable Expectation of Privacy

[28] On the first question, it should be remembered that professional secrecy, which started out as

par. 34, et *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401 (« *FOPJ* »), par. 33, la Cour précise qu'il n'y a pas lieu d'entreprendre une analyse fondée sur l'art. 7 lorsque celle fondée sur l'art. 8 mène à la conclusion que les dispositions contestées sont inconstitutionnelles.

[26] Puisque nous concluons que c'est le cas en l'espèce, il suffira de cerner le cadre d'analyse propre à l'art. 8 avant de discuter des lacunes constitutionnelles identifiées par les instances inférieures au regard du régime des demandes péremptoires en général et de l'exception relative aux relevés comptables en particulier. Les contours du secret professionnel du conseiller juridique demeurant centraux au débat, il y aura lieu de s'y attarder dans cette analyse, comme l'ont d'ailleurs fait la Cour supérieure et la Cour d'appel dans leurs motifs respectifs.

V. Analyse

A. *L'article 8 et le secret professionnel*

[27] L'article 8 de la *Charte* ne protège pas explicitement le secret professionnel. Cet article fournit plutôt une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Pour déterminer si une action gouvernementale est contraire à l'art. 8, il faut répondre à deux questions. La première est de savoir si l'action gouvernementale empiète sur une attente raisonnable au respect de la vie privée d'un particulier. Dans l'affirmative, elle constitue une saisie au sens de l'art. 8. La seconde consiste à déterminer si la saisie représente une atteinte abusive à ce droit à la vie privée (*R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 33; *Lavallee*, par. 35). En l'espèce, la première étape ne pose pas réellement problème, puisque dans *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, la Cour a jugé que la demande péremptoire régie par le par. 231(3) de la *LIR* (maintenant le par. 231.2(1)) constitue une saisie au sens de l'art. 8 (p. 641-642).

(1) Attente raisonnable au respect de la vie privée

[28] Sur la première question, il convient de rappeler que, de simple règle de preuve à l'origine, le

a mere rule of evidence, became a substantive rule over time (*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 875-76; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paras. 48-49; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at para. 10). The Court now recognizes that this rule has deep significance and a unique status in our legal system (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paras. 28 and 31-33; *Smith*, at paras. 46-47). In *Lavallee*, the Court reaffirmed that the right to professional secrecy has become an important civil and legal right and that the professional secrecy of lawyers or notaries is a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter* (para. 49). Moreover, professional secrecy is generally seen as a "fundamental and substantive" rule of law (*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 39). Because of its importance, the Court has often stated that professional secrecy should not be interfered with unless absolutely necessary given that it must remain as close to absolute as possible (*Lavallee*, at paras. 36-37; *McClure*, at para. 35; *R. v. Brown*, 2002 SCC 32, [2002] 2 S.C.R. 185, at para. 27; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 15).

[29] From this perspective, Blanchard J. was right to note that [TRANSLATION] "[t]he fundamental importance of the right to professional secrecy of lawyers is a cornerstone not only of our judicial system but, more broadly, of our legal system" (para. 86).

[30] In this respect, professional secrecy has a deep significance regardless of the nature of the legal advice being sought or the context in which it is sought (*Smith*, at para. 46). We therefore conclude, contrary to the argument of the AGC and the CRA, that for the purposes of the analysis under s. 8 of the *Charter*, the civil and administrative context of the requirement scheme does not diminish the taxpayer's expectation of privacy for information that is protected by professional secrecy.

secret professionnel s'est transformé au fil du temps en une règle de fond (*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 837; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875-876; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 48-49; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 10). La Cour lui reconnaît aujourd'hui une grande importance et une place exceptionnelle dans notre système juridique (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 28 et 31-33; *Smith*, par. 46-47). Dans *Lavallee*, la Cour réaffirme que le droit au secret professionnel est maintenant devenu un droit civil important et que le secret professionnel de l'avocat ou du notaire est un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (par. 49). Il est, au surplus, généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle » (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 39). En raison de son statut important, la Cour a souvent indiqué qu'on ne doit y porter atteinte que dans la mesure où cela est absolument nécessaire, étant donné que le secret professionnel doit demeurer aussi absolu que possible (*Lavallee*, par. 36-37; *McClure*, par. 35; *R. c. Brown*, 2002 CSC 32, [2002] 2 R.C.S. 185, par. 27; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 15).

[29] De ce point de vue, le juge Blanchard a raison de souligner que « [l]'importance fondamentale du droit au secret professionnel de l'avocat est une pierre d'assise non seulement de notre système judiciaire, mais de façon plus large de notre système juridique » (par. 86).

[30] Sous ce rapport, le secret professionnel revêt une grande importance, peu importe la nature ou le contexte de l'avis juridique sollicité (*Smith*, par. 46). Ainsi, contrairement à ce que soutiennent le PGC et l'ARC, aux fins de l'analyse au regard de l'art. 8 de la *Charte*, le contexte civil et administratif dans lequel se retrouve le régime des demandes péremptoires ne diminue pas les attentes relatives à la vie privée du contribuable en matière d'information protégée par le secret professionnel.

[31] It is true that this Court stated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, that it might be appropriate to find that there is a lower expectation of privacy in an administrative context and therefore to apply a "less strenuous and more flexible" standard of reasonableness in determining whether a seizure is constitutional (pp. 506-7). To justify its reasoning in that case, the Court stated that "there can only be a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which, though lawful, are subject to state regulation as a matter of course" (p. 507). In such cases, the routine performance of the activities in question often involves the inspection by agents of the state of premises or documents that would otherwise be considered private. Since the state is therefore expected to have access to information for regulatory purposes, it would make no sense to find that, on the one hand, the disclosure of such information is normal but that, on the other, the expectation of privacy associated with the information is extremely high.

[32] The situation is very different when information protected by professional secrecy is involved. The nature of such information means that it cannot be disclosed by a notary or a lawyer in any regulatory context. Even if the information may be obtained from a third party or may be a type of information that taxpayers must regularly provide to the tax authorities, it is presumed to be protected by professional secrecy while in the hands of a notary or a lawyer and is therefore exempt from seizure (*Maranda*, at paras. 33-34). The key difference between the situation in the case at bar and the one in *Thomson Newspapers* lies in the fact that here, the party in possession of the information is the notary or the lawyer, not the person who is subject to the regulatory framework. We are therefore of the opinion that, with certain rare exceptions, the general rule is that information protected by professional secrecy that is in the possession of a legal adviser is immune from disclosure (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1

[31] Il est vrai que dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, la Cour indique qu'il pourrait être approprié de conclure à des attentes moindres en matière de vie privée dans un contexte administratif, et d'alors appliquer une norme du caractère raisonnable « moins sévère et plus souple » pour évaluer la constitutionnalité d'une saisie (p. 506-507). Pour justifier son raisonnement, la Cour y énonce que « les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État » (p. 507). Dans un tel cas, l'opération normale de ces activités comporte souvent l'inspection de lieux ou de documents qui seraient autrement considérés comme étant de nature privée par les fonctionnaires de l'État. Étant donné qu'il est prévu que l'État aura ainsi accès à des renseignements aux fins de réglementation, il ne serait pas logique de conclure, d'un côté, qu'il est normal de les divulguer, mais de l'autre, que les attentes en matière de vie privée envers ces renseignements sont extrêmement élevées.

[32] Lorsqu'entre en jeu une information protégée par le secret professionnel, la situation est fort différente. Vu sa nature, cette information n'en est pas une qui pourrait être divulguée dans un cadre de réglementation quelconque par un notaire ou un avocat. Même si elle peut être obtenue d'une tierce partie ou faire partie du type de renseignements qu'un contribuable doit régulièrement fournir au fisc, lorsqu'elle se trouve entre les mains d'un notaire ou d'un avocat, elle est présumée protégée par le secret professionnel et demeure pour cette raison insaisissable (*Maranda*, par. 33-34). La différence primordiale entre la présente situation et celle qui existait dans *Thomson Newspapers* tient au fait qu'en l'espèce, la partie détenant l'information est le notaire ou l'avocat, et non la personne assujettie au cadre de réglementation. Ainsi, nous sommes d'avis que, mis à part quelques rares exceptions, la règle générale demeure que l'information protégée par le secret professionnel détenue par le conseiller juridique est à l'abri de la divulgation (*Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et*

S.C.R. 456, at para. 37; *Smith*, at para. 51; *McClure*, at paras. 34-35.

[33] Moreover, the Court confirmed in *FLS* that the reasonable expectation of privacy in relation to communications subject to solicitor-client privilege is always high, regardless of whether the question arises in a civil, administrative or criminal context. Cromwell J. wrote the following on this point:

> I also accept that, as Arbour J. noted in *Lavallee*, "the need for the full protection of the privilege is activated" in the context of a criminal investigation: para. 23. However, the reasonable expectation of privacy in relation to communications subject to solicitor-client privilege is invariably high, regardless of the context. The main driver of that elevated expectation of privacy is the specially protected nature of the solicitor-client relationship, not the context in which the state seeks to intrude into that specially protected zone. I do not accept the proposition that there is a reduced expectation of privacy in relation to solicitor-client privileged communication when a [Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada] official searches a law office rather than when a police officer does so in the course of investigating a possible criminal offence. While Arbour J. placed her analysis in the context of criminal investigations (see, e.g., paras. 25 and 49), her reasons, as have many others before and since, strongly affirmed the fundamental importance of solicitor-client privilege. [para. 38]

[34] We recognize that, in that case, Cromwell J. rejected the AGC's contention that the impugned scheme had to be characterized as merely an administrative law regulatory compliance scheme. Cromwell J. stated that the purposes of the scheme were instead to deter criminal offences and to facilitate the investigation and prosecution of serious offences. He noted that the scheme had "a predominantly criminal law character and [that] its regulatory aspects serve[d] criminal law purposes" (*FLS*, at para. 37). However, this takes nothing away from the clear and unequivocal remarks quoted above, which, in our view, apply to this appeal. The protection

d'élimination des déchets (SIGED) inc., 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 37; *Smith*, par. 51; *McClure*, par. 34-35).

[33] Dans *FOPJ*, la Cour confirme du reste que l'attente raisonnable au respect de la vie privée dans le contexte des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est toujours élevée, peu importe que le contexte soit civil, administratif ou criminel. Le juge Cromwell écrit ceci à ce sujet :

> Je reconnais en outre que, comme l'a fait observer la juge Arbour dans *Lavallee*, « le besoin de la protection entière du privilège se fait sentir » dans le cadre d'une enquête criminelle (par. 23). Toutefois, l'attente raisonnable à l'égard de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est invariablement élevée, peu importe le contexte. Le principal élément moteur de cette attente élevée en matière de respect de la vie privée est la nature particulièrement protégée de la relation avocat-client, et non le contexte dans lequel l'État cherche à s'ingérer dans cette zone particulièrement protégée. Je n'accepte pas la proposition selon laquelle l'attente est moins élevée dans le cas des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat lorsqu'un fonctionnaire du [Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada] perquisitionne dans un cabinet d'avocats que lorsqu'un policier perquisitionne au cours d'une enquête sur une éventuelle infraction criminelle. Bien que la juge Arbour ait situé son analyse dans le contexte des enquêtes criminelles (voir, p. ex., par. 25 et 49), elle a, comme beaucoup d'autres l'ont fait avant et après elle, confirmé avec vigueur l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat. [par. 38]

[34] Nous convenons que, dans cet arrêt, le juge Cromwell rejette la prétention du PGC selon laquelle le régime contesté doit être qualifié de régime ne visant qu'à assurer le respect d'une réglementation administrative. Le juge Cromwell indique plutôt que le régime a pour objectif de décourager des infractions criminelles et de faciliter des enquêtes et des poursuites relatives à des infractions graves. Il souligne que ce régime a « un caractère principalement pénal et ses éléments réglementaires visent des objectifs du droit criminel » (*FOPJ*, par. 37). Néanmoins, cela n'atténue en rien les propos clairs et non équivoques que nous venons de citer et qui, à

afforded to professional secrecy in the context of a s. 8 analysis is invariably high regardless of whether the seizure has occurred in a criminal or an administrative context.

[35] In our view, therefore, it is well established that a client of a notary or a lawyer has a reasonable expectation of privacy for information and documents that are in the possession of the notary or lawyer and in respect of which a requirement is issued. Indeed, the Court wrote in *Lavallee* that "[a] client has a reasonable expectation of privacy in all documents in the possession of his or her lawyer, which constitute information that the lawyer is ethically required to keep confidential" (para. 35).

(2) Unreasonable Intrusion on the Right to Privacy

[36] In answering the second question from *Edwards* in respect of an unreasonable seizure that is contrary to s. 8, the courts must balance the interests at stake, namely an individual's privacy interest on the one hand and the state's interest in carrying out a search or seizure on the other. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the Court stated in this regard "that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public's interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on the individual's privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement" (pp. 159-60).

[37] Here again, however, where the interest at stake is the professional secrecy of legal advisers, which is a principle of fundamental justice and a legal principle of supreme importance, the usual balancing exercise under s. 8 will not be particularly helpful (*Lavallee*, at para. 36). As the Court observed in *Goodis*, "[w]hile a fact-specific balancing may have been appropriate in *Fuda* [*v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (Div. Ct.)], it cannot, having regard to this Court's categorical jurisprudence, apply where

notre avis, s'appliquent au présent appel. La protection accordée au secret professionnel dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 8 est invariablement élevée, peu importe que la saisie ait lieu dans un contexte criminel ou administratif.

[35] Partant, il est acquis, selon nous, que le client a une attente raisonnable au respect de sa vie privée relativement aux renseignements et aux documents visés par une demande péremptoire qui sont en la possession de son notaire ou de son avocat. Dans *Lavallee*, la Cour écrit d'ailleurs que « [l]e client a une attente raisonnable au respect du caractère privé de tous les documents en la possession de son avocat, lesquels constituent des renseignements dont l'avocat est tenu, sur le plan de l'éthique, de préserver la confidentialité » (par. 35).

(2) Atteinte abusive au droit à la vie privée

[36] Relativement à la deuxième question que pose l'arrêt *Edwards* en matière de saisie abusive contraire à l'art. 8, les tribunaux sont appelés à pondérer les intérêts en cause, soit, d'une part, l'intérêt à la vie privée d'un individu et, d'autre part, celui de l'État à entreprendre une fouille, perquisition ou saisie. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour précise à ce chapitre « qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d'assurer l'application de la loi » (p. 159-160).

[37] Or, là encore, lorsque l'intérêt en jeu est le secret professionnel du conseiller juridique — un principe de justice fondamentale et de droit de la plus haute importance — l'exercice d'évaluation habituellement entrepris au regard de l'art. 8 ne s'avérera pas particulièrement utile (*Lavallee*, par. 36). En effet, comme la Cour le note dans *Goodis*, « [s]i dans *Fuda* [*c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2003), 65 O.R. (3d) 701 (C. div.)], il a pu être approprié de procéder à une évaluation en fonction des faits propres à

the records involve communications between solicitor and client" (para. 18).

[38] In *Lavallee*, the Court stated that "solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance" (para. 36). In *Smith*, the Court noted that "[t]he disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible" (para. 86). This means that any legislative provision that interferes with professional secrecy more than is absolutely necessary will be labelled unreasonable (*Lavallee*, at para. 36). Absolute necessity is as restrictive a test as may be formulated short of an absolute prohibition in every case (*Goodis*, at para. 20). In short, "[t]he appropriate test for any document claimed to be subject to solicitor-client privilege is 'absolute necessity'" (*Goodis*, at para. 24). Stringent standards must therefore be adopted to protect it. A procedure will withstand *Charter* scrutiny only if its impact on the professional secrecy of legal advisers is minimal, as minimal impairment "has long been the standard by which this Court has measured the reasonableness of state encroachments on solicitor-client privilege" (*Lavallee*, at para. 37).

[39] Thus, where professional secrecy is in issue, what matters is not the context in which a privileged document or privileged information could be disclosed to the state, but rather the fact that the document or information in question is privileged. It is important that a client consulting a legal adviser feel confident that there is little danger that information or documents shared by the client will be disclosed in the future regardless of whether the consultation takes place in the context of an administrative, penal or criminal investigation: "The lawyer's obligation of confidentiality is necessary to preserve the fundamental relationship of trust between lawyers and clients" (*Foster Wheeler*, at para. 34).

chaque cas, la jurisprudence catégorique de la Cour indique que ce ne saurait être le cas lorsque les documents en cause concernent des communications entre un avocat et son client » (par. 18).

[38] Selon *Lavallee*, « le secret professionnel de l'avocat doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence » (par. 36). Dans *Smith*, la Cour souligne que « [l]a divulgation des communications protégées par le privilège [des communications entre client et avocat] doit en général être aussi limitée que possible » (par. 86). Sera donc qualifiée d'abusive toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire (*Lavallee*, par. 36). La nécessité absolue est le critère le plus restrictif qui puisse être formulé en deçà d'une interdiction absolue dans tous les cas (*Goodis*, par. 20). Bref, « [l]e critère applicable à tout document visé par une revendication du secret professionnel de l'avocat est celui de la "nécessité absolue" » (*Goodis*, par. 24). Il faut ainsi adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection. Une procédure ne résistera à l'examen de la *Charte* que si elle donne lieu à une atteinte minimale au secret professionnel du conseiller juridique, car ce critère de l'atteinte minimale « constitue depuis longtemps la norme dont se sert la Cour pour mesurer le caractère raisonnable des atteintes au secret professionnel de l'avocat par l'État » (*Lavallee*, par. 37).

[39] Ainsi, lorsque le secret professionnel est en cause, ce qui importe n'est pas le contexte dans lequel des documents ou informations privilégiés risquent d'être dévoilés à l'État, mais plutôt leur nature privilégiée. Dans le cadre d'une consultation entre un client et son conseiller juridique, il importe que le client ait confiance que l'information ou la documentation qu'il partage ne risque pas d'être divulguée dans le futur, et ce, que ce soit dans le contexte d'une enquête administrative, pénale ou criminelle : « L'obligation de confidentialité imposée à l'avocat s'explique ainsi par la nécessité de préserver une relation fondamentale de confiance entre l'avocat et son client » (*Foster Wheeler*, par. 34).

[40] From this perspective, it is not appropriate to establish a strict demarcation between communications that are protected by professional secrecy and facts that are not so protected (*Maranda*, at paras. 30-33; *Foster Wheeler*, at para. 38). The line between facts and communications may be difficult to draw (S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 941). For example, there are circumstances in which non-payment of a lawyer's fees may be protected by professional secrecy (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 30). The Court has found that "[c]ertain facts, if disclosed, can sometimes speak volumes about a communication" (*Maranda*, at para. 48). This is why there must be a rebuttable presumption to the effect that "all communications between client and lawyer and the information they shared would be considered *prima facie* confidential in nature" (*Foster Wheeler*, at para. 42).

[41] It follows that we must reject the argument of the AGC and the CRA that some information, particularly information found in accounting records, constitutes facts rather than communications and is therefore always excluded from the protection of solicitor-client privilege as defined in s. 232(1) of the *ITA*.

[42] This being said on the applicable principles, the Chambre argued in particular, at every stage of the litigation, that Quebec notaries have a distinct role and face an even greater risk that information or documents they disclose in response to a requirement will be protected by professional secrecy. With respect, we are of the view that there are strong similarities between the common law's solicitor-client privilege and professional secrecy in the civil law. Nationwide, the Court's decisions with respect to the professional secrecy of legal advisers have been consistent. It would not be appropriate to change that approach in the case at bar.

[43] Of course, we are not denying the special status of notaries in Quebec. Notaries play a role

[40] Dans cette optique, il n'est pas approprié de fixer une délimitation stricte entre les communications qui sont protégées par le secret professionnel et les faits qui ne le sont pas (*Maranda*, par. 30-33; *Foster Wheeler*, par. 38). La ligne de démarcation entre les faits et les communications peut être difficile à tracer (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4e éd. 2014), p. 941). Selon les circonstances, il est parfois possible, par exemple, que le non-paiement des honoraires d'un avocat puisse être couvert par le secret professionnel (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 30). La Cour a déjà reconnu que « [l]a divulgation de certains faits peut parfois en dire long sur une communication » (*Maranda*, par. 48). Il faut donc s'en tenir à l'existence d'une présomption réfragable voulant que « l'ensemble des communications entre le client et l'avocat et des informations seraient considérées *prima facie* de nature confidentielle » (*Foster Wheeler*, par. 42).

[41] Il s'ensuit que nous devons écarter l'argument du PGC et de l'ARC voulant que certains renseignements, en particulier ceux contenus dans des relevés comptables, constituent des faits plutôt que des communications et que, par conséquent, ils sont toujours soustraits de la protection du privilège des communications entre client et avocat défini au par. 232(1) de la *LIR*.

[42] Cela dit sur les paramètres applicables, à toutes les étapes du litige, la Chambre a mis un accent particulier sur le rôle distinct des notaires au Québec et le risque encore plus élevé pour ces derniers que les renseignements ou documents qu'ils divulguent en réponse à une demande péremptoire soient protégés par le secret professionnel. Avec égards, nous sommes d'avis que les similitudes entre le secret professionnel (ou « *solicitor-client privilege* ») en common law et ce même principe en droit civil sont grandes. La jurisprudence de la Cour traite du secret professionnel du conseiller juridique de façon uniforme à travers le pays. Il n'est pas opportun de changer cette approche en l'espèce.

[43] Nous ne nions évidemment pas le statut particulier du notaire au Québec. Ce dernier remplit un

distinct from that of lawyers in that province. However, it must be recognized that their role as legal advisers is very similar to the role played by solicitors in the common law provinces. It is therefore unnecessary to undertake a specific analysis respecting s. 9 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, or other legislation relating solely to the notarial profession. Clients who retain notaries in Quebec and those who retain solicitors in the common law provinces have the same expectation that their right to professional secrecy or solicitor-client privilege will be respected and that any information or documents they provide to their notaries or solicitors will be kept confidential. In any event, when it comes to solicitor-client privilege, the definition of "lawyer" in s. 232(1) of the *ITA* puts notaries and lawyers on the same footing.

B. *Constitutional Defects in the Requirement Scheme*

[44] The Superior Court and the Court of Appeal identified several defects that cause a requirement sent to a notary or lawyer concerning information that is protected by professional secrecy to be unreasonable and contrary to s. 8. We agree with that conclusion. The defects in question are that the client is given no notice of the requirement, that an inappropriate burden is placed solely on the notary or lawyer concerned, that compelling disclosure of the information being sought is not absolutely necessary and that no measures have been taken to help mitigate the impairment of professional secrecy. In the end, the AGC and the CRA have not made any persuasive arguments that can overcome these defects identified by the courts below.

(1) Absence of Notice to the Client

[45] Professional secrecy belongs to the client, not to the notary or lawyer; only the client may waive it (*Blood Tribe*, at para. 9; *McClure*, at para. 37; *FLS*, at para. 48). Where it is in jeopardy, the client must therefore have an opportunity to ensure that it is protected. In *Lavallee*, Arbour J. identified the possibility of solicitor-client privilege being breached

rôle distinct de celui de l'avocat dans cette province. Toutefois, force est de constater que son rôle à titre de conseiller juridique est très similaire à celui du « *solicitor* » dans une province de common law. Il est donc inutile de se lancer dans une analyse particulière de l'art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, ou des autres lois relatives uniquement à la profession de notaire. Tant le client qui recourt aux services du notaire au Québec que celui qui recourt aux services d'un *solicitor* dans les provinces de common law ont les mêmes attentes au respect de leur droit au secret professionnel et à celui du caractère confidentiel des renseignements ou des documents qu'ils fournissent à ces derniers. Au demeurant, en matière de privilège des communications entre client et avocat, la définition « avocat » au par. 232(1) de la *LIR* place le notaire et l'avocat sur un même pied.

B. *Les lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires*

[44] La Cour supérieure et la Cour d'appel ont relevé plusieurs lacunes qui rendent abusives et contraires à l'art. 8 les demandes péremptoires adressées à un notaire ou à un avocat en ce qui concerne l'information protégée par le secret professionnel. Nous sommes d'accord avec ce constat. Les lacunes identifiées consistent en une absence d'avis au client de la demande péremptoire, un fardeau inopportun placé uniquement sur les épaules du notaire ou de l'avocat visé, une absence de nécessité absolue de forcer la divulgation recherchée et une absence de mesures pour favoriser une atténuation des atteintes au secret professionnel. Au final, le PGC et l'ARC n'avancent aucun argument convaincant permettant de faire échec à ces lacunes décelées par les instances inférieures.

(1) L'absence d'avis au client

[45] Le secret professionnel appartient au client, non au notaire ou à l'avocat; seul le client peut y renoncer (*Blood Tribe*, par. 9; *McClure*, par. 37; *FOPJ*, par. 48). Ainsi, lorsque ce secret est menacé, il faut que le client ait une occasion de veiller à sa protection. Dans *Lavallee*, la juge Arbour a identifié comme « caractéristique dominante fatale » de

"without the client's knowledge, let alone consent" as a "principal, fatal feature" of s. 488.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (para. 39). In our view, the same risk exists in the instant case.

[46] Nothing in the *ITA* obliges CRA officials to send a requirement to anyone other than the person from whom they are seeking information or documents. There is therefore no obligation to give notice to the client of a notary or lawyer to whom a requirement is issued, not even where the information or documents being sought will help facilitate collection from or an audit of that client. In fact, according to the evidence in the record of the Superior Court, the vast majority of the requirements sent to Quebec notaries were not served on their clients, thus indiscriminately putting the clients at risk of losing the protection of professional secrecy to which they are entitled in respect of privileged information that might be found in "accounting records" prepared by their legal advisers.

[47] At the hearing, the AGC and the CRA argued that it is the government's usual practice to always contact a notary or lawyer rather than his or her client. The government's expectation is that the notary or lawyer will act in a manner consistent with his or her ethical obligations and will therefore notify the client and ensure that the client's right to professional secrecy is protected. We find this argument unpersuasive for two reasons.

[48] First, as Arbour J. noted in *Lavallee*, a notary or a lawyer is not the alter ego of his or her client. Legal advisers and their clients may sometimes have conflicting interests. The professional relationship between the notary or lawyer and the client may even have been terminated before the requirement is sent. In any event, the right to claim professional secrecy does not belong to the legal adviser. The constitutionality of a seizure cannot rest on the

l'art. 488.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le fait qu'il existait une possibilité que le secret professionnel de l'avocat soit violé « sans que le client n'en ait connaissance et encore moins qu'il y ait consenti » (par. 39). À notre avis, le même risque existe en l'espèce.

[46] En effet, rien dans la *LIR* n'oblige les fonctionnaires de l'ARC à envoyer une demande péremptoire à une autre personne que celle de qui on cherche à obtenir des renseignements ou des documents. Il n'y a ainsi aucune obligation de fournir un avis au client d'un notaire ou d'un avocat à qui est adressée une demande péremptoire, et ce, même si les renseignements ou les documents que l'on cherche à obtenir sont utiles pour faciliter des mesures de recouvrement ou de vérification fiscale auprès de ce client. De fait, selon la preuve versée au dossier de la Cour supérieure, la grande majorité des demandes péremptoires envoyées aux notaires québécois n'ont pas été signifiées à leurs clients, exposant ainsi aveuglément ces derniers au risque de perdre la protection du secret professionnel à laquelle ils ont droit à l'égard de renseignements privilégiés pouvant être contenus dans des « relevés comptables » préparés par leurs conseillers juridiques.

[47] À l'audience, le PGC et l'ARC ont soutenu que la pratique normale de l'État est de toujours communiquer avec le notaire ou l'avocat plutôt qu'avec le client. L'attente de l'État est que le notaire ou l'avocat se comportera de manière à respecter ses obligations déontologiques et en conséquence avisera son client et veillera à la protection du secret professionnel dont bénéficie ce dernier. Nous estimons cet argument peu convaincant pour deux raisons.

[48] D'une part, comme la juge Arbour le souligne dans *Lavallee*, le notaire ou l'avocat ne sont pas l'alter ego de leur client. Les intérêts d'un conseiller juridique et de son client peuvent parfois être opposés. La relation professionnelle entre le notaire ou l'avocat et son client peut même être terminée au moment de l'envoi de la demande péremptoire. De toute façon, le droit de revendiquer le secret professionnel n'appartient pas au conseiller juridique. La

unverifiable expectation that a legal adviser will always act diligently and solely in the client's interests when faced with a seizure by the state (*Lavallee*, at para. 40; *FLS*, at para. 49).

[49] Second, although it is true that for practical reasons it can sometimes be necessary for third parties to contact an individual's legal adviser rather than contacting the individual directly, that is not the case here. Notaries to whom requirements are sent must instead be considered third parties who are in possession of information and documents relevant to collection from or an audit of the taxpayer, that is, the client. The notaries in question are placed in a situation similar to that of banks holding financial information or companies doing business with the taxpayer that have kept information relevant to a particular transaction. A requirement sent to a taxpayer's legal adviser cannot be regarded as a communication similar to the communication that takes place in the course of litigation, for example. The argument of the AGC and the CRA that it is normal not to contact the clients of notaries or lawyers where requirements are issued is unfounded.

[50] Apart from this argument, which we reject, the AGC and the CRA have made no submission to explain why it would not be possible to notify a client that a requirement has been sent to his or her legal adviser. In cases in which a requirement is sent by email, it is certainly possible and, more importantly, easy for the letter sent to the notary or lawyer to be copied to the client. Indeed, the evidence in this case shows that there were some rare occasions on which CRA officials did notify the clients of notaries to whom they had sent requirements. If it was possible to do this in some cases, we find it difficult to understand why the CRA was not required to do so in all cases.

[51] In any event, as Bich J.A. correctly pointed out, the occasional service of requirements on clients

constitutionnalité d'une saisie ne saurait dépendre de l'attente non vérifiable que le conseiller juridique se comportera toujours avec diligence et uniquement dans l'intérêt de son client lorsque confronté à une mesure de saisie de l'État (*Lavallee*, par. 40; *FOPJ*, par. 49).

[49] D'autre part, même s'il est vrai que la pratique oblige parfois les intéressés à communiquer avec le conseiller juridique représentant un individu plutôt que directement avec ce dernier, nous ne sommes pas en présence d'une telle situation. Les notaires à qui sont adressées les demandes péremptoires doivent plutôt être considérés comme des tiers détenant des renseignements et des documents pertinents au recouvrement ou à une vérification fiscale du contribuable, soit le client. Les notaires concernés sont placés dans une situation semblable à celle de banquiers détenant de l'information financière, ou d'entreprises faisant affaire avec le contribuable et ayant conservé des renseignements pertinents à une transaction donnée. L'envoi d'une demande péremptoire au conseiller juridique d'un contribuable ne peut être considéré comme une communication semblable à celle qui a cours dans le cadre d'un litige par exemple. La prétention du PGC et de l'ARC selon laquelle il est normal de ne pas communiquer avec les clients des notaires ou des avocats dans le cas d'une demande péremptoire n'est pas fondée.

[50] Mis à part cet argument que nous écartons, le PGC et l'ARC n'en avancent aucun qui justifie en quoi il ne serait pas possible d'aviser un client de l'envoi d'une demande péremptoire à son conseiller juridique. Dans les cas où la demande est envoyée par courriel, il est sûrement possible, et surtout facile, d'expédier en même temps au client en copie conforme la lettre adressée au notaire ou à l'avocat. D'ailleurs, la preuve en l'espèce révèle qu'à quelques rares occasions, les fonctionnaires de l'ARC ont avisé les clients de notaires à qui ils avaient envoyé des demandes péremptoires. S'il a été possible de le faire dans certains cas, nous comprenons mal pourquoi cette façon de faire ne constitue pas une exigence suivie par l'ARC en tout temps.

[51] À tous égards, comme le souligne à juste titre la juge Bich, le fait que les demandes péremptoires

in addition to notaries and lawyers does not amount to a true notification system. Because the *ITA* does not make it mandatory to notify the clients of legal advisers that a requirement has been sent, such service remains optional even where it is effected voluntarily. The constitutionality of the requirement scheme cannot be based on a presumption that the state will always behave honourably. The absence of any formal obligation to notify the clients in respect of whom requirements are sent to notaries and lawyers is therefore a critical constitutional defect, as the Court indicated in both *Lavallee* and *FLS*.

[52] We wish to be clear, however, that in our opinion, the fact that the CRA need not seek judicial authorization before sending a requirement does not constitute a constitutional defect in the current scheme. Although the Court asserted in *FLS* that "the judicial pre-authorization requirement is, in itself, an important protection against improper search and seizure of privileged material", it did not rule out "the possibility that Parliament could devise a constitutionally compliant inspection regime without a judicial pre-authorization requirement" (para. 56). In the instant case, if the client is given notice of the requirement, the risk of privileged information being disclosed without his or her consent when the requirement is sent would be greatly reduced.

(2) Burden Imposed on Legal Advisers

[53] The absence of notice to clients whose information and documents are sought by means of a requirement brings to light another significant defect in the scheme having regard to information protected by professional secrecy that is in the possession of a notary or a lawyer. This defect has to do with the role that notaries and lawyers are expected to play in safeguarding their clients' right to professional secrecy and the fact that they ultimately bear alone the burden of safeguarding that right when a requirement is issued.

[54] Judicial consideration of a requirement under s. 231.7 of the *ITA* is not automatic. It can occur only

sont parfois signifiées aux clients en plus de l'être aux notaires et aux avocats n'équivaut pas à un vrai système de notification. En l'absence de toute obligation dans la *LIR* d'aviser les clients des conseillers juridiques de l'envoi des demandes péremptoires, cette signification reste facultative même quand elle est effectuée volontairement. La constitutionnalité du régime des demandes péremptoires ne peut se fonder sur la présomption que l'État va toujours se comporter de façon honorable. Ainsi, l'absence d'une obligation formelle de notification aux clients visés par les demandes péremptoires adressées aux notaires et aux avocats correspond à la lacune constitutionnelle déterminante que la Cour a identifiée à la fois dans *Lavallee* et dans *FOPJ*.

[52] Nous précisons toutefois qu'à notre avis, l'absence d'autorisation judiciaire préalable à l'envoi d'une demande péremptoire n'ouvre pas pour autant une brèche constitutionnelle dans le régime actuel. Dans *FOPJ*, tout en affirmant que « l'exigence d'autorisation judiciaire préalable constitue en soi une protection importante contre la perquisition et la saisie irrégulière de documents protégés », la Cour n'écarte pas « la possibilité que le législateur conçoive un régime d'inspection conforme à la Constitution qui n'exige pas d'autorisation judiciaire préalable » (par. 56). En l'espèce, si le client est avisé de la demande péremptoire, le risque de divulgation d'informations privilégiées sans son consentement que pose l'envoi d'une telle demande s'en trouverait grandement diminué.

(2) Le fardeau imposé au conseiller juridique

[53] Cette absence d'avis au client dont les renseignements et les documents sont visés par une demande péremptoire fait ressortir une autre lacune importante du régime en ce qui concerne l'information protégée par le secret professionnel en possession du notaire ou de l'avocat. Il s'agit du rôle attendu de ces derniers dans la sauvegarde du secret professionnel de leur client et du fait que, devant une telle demande, cette sauvegarde repose en définitive sur leurs épaules uniquement.

[54] La considération judiciaire d'une demande péremptoire en vertu de l'art. 231.7 de la *LIR* n'est

if the notary or lawyer concerned refuses to comply with the requirement, in which case the Minister must apply to a Federal Court judge for a compliance order. The notary or lawyer therefore bears the burden of raising an objection to the requirement on the basis of professional secrecy. Unless the notary or lawyer does so, there is a possibility that the state will obtain information or documents to which it is not entitled (*Lavallee*, at paras. 39-40). In other words, basing the protection solely on the duty of legal advisers to claim their clients' right to professional secrecy increases the risk that the state will gain access to protected information.

[55] However, as we mentioned above, there may be many reasons why lawyers or, in the case at bar, notaries might fail to claim protection for their clients' right to professional secrecy in court. Since the legal adviser is not the alter ego of the client, he or she will not necessarily always make the same choices the client would (*Lavallee*, at paras. 39-40). There may be situations in which a notary or a lawyer is simply negligent and forgets to verify whether any of the information requested by the Minister is protected by professional secrecy. There may be other situations in which a notary or a lawyer forgets to notify a client that a requirement has been received before complying with it. Aside from a case of simple negligence that takes the form of a failure to notify a client, it is also possible for a notary or a lawyer to honestly but wrongly believe that the information sought by the Minister is not protected by professional secrecy and can therefore be disclosed. In addition, a requirement could be issued to a notary or a lawyer who, although no longer the client's legal adviser, still has documents concerning the client.

[56] Finally, the possibility of being prosecuted (under s. 238 of the *ITA*) for failing to provide the CRA with the information it seeks could influence the choice made by a notary or a lawyer to comply or not to comply with a requirement. The threat of prosecution in fact creates a conflict of interests

pas automatique. Elle ne peut avoir lieu que si le notaire ou l'avocat visé refuse d'obtempérer à la demande et que le Ministre doit alors soumettre une demande sollicitant une ordonnance de divulgation à un juge de la Cour fédérale. Ainsi, le fardeau de soulever une objection à la demande péremptoire basée sur l'existence du secret professionnel repose sur les épaules du notaire ou de l'avocat. À moins que ce dernier ne soulève une objection, il y a une possibilité que l'État obtienne des renseignements ou documents auxquels il n'a pas de droit (*Lavallee*, par. 39-40). En d'autres mots, faire reposer la protection exclusivement sur le devoir des conseillers juridiques de revendiquer le droit de leur client au secret professionnel augmente le risque que l'État ait accès à des informations protégées.

[55] Or, tel que mentionné précédemment, il peut y avoir de multiples raisons pour lesquelles un avocat, ou en l'espèce un notaire, puisse faire défaut de soulever devant un juge la protection du secret professionnel de son client. Puisque le conseiller juridique n'est pas l'alter ego du client, il ne fera pas nécessairement toujours les mêmes choix que ferait ce dernier (*Lavallee*, par. 39-40). Parfois, le notaire ou l'avocat peut simplement être négligent et oublier de vérifier si l'information demandée par le Ministre contient des renseignements protégés par le secret professionnel. À d'autres occasions, il peut oublier d'aviser son client de la réception de la demande avant d'y obtempérer. Au-delà de la simple négligence qui se manifeste par un défaut d'aviser son client, le notaire ou l'avocat peut également croire, de bonne foi mais erronément, que les renseignements recherchés par le Ministre ne sont pas protégés par le secret professionnel et que, en conséquence, il peut les divulguer. Par ailleurs, il se pourrait que le notaire ou l'avocat à qui est adressée la demande péremptoire ne soit plus le conseiller juridique du client, mais détienne toujours des documents le concernant.

[56] Enfin, la possibilité de poursuites pénales pour défaut de fournir à l'ARC les renseignements recherchés (prévue à l'art. 238 de la *LIR*) peut influer sur le choix du notaire ou de l'avocat d'obtempérer ou non à une demande péremptoire. Cette menace crée en fait une situation de conflit d'intérêts entre

between legal advisers and their clients, pitting the duty of confidentiality owed by legal advisers to their clients against their statutory duty of disclosure to the tax authorities (*Lavallee*, at para. 40). In this regard, it is, contrary to the AGC's argument, irrelevant that none of the notaries who received requirements have so far been prosecuted for refusing to provide the information or documents being sought. The mere possibility of being so prosecuted under the *ITA* places those legal advisers in an intolerable situation. For the purposes of determining whether the seizure is unreasonable within the meaning of s. 8 and analyzing the scheme's constitutional defects in relation to notaries and lawyers and the protected information they have in their possession, this is sufficient.

[57] Because the client is not given notice of the requirement, the notary or lawyer can take any of the possible courses of action discussed above without the client's knowledge and without a court being asked to determine whether professional secrecy applies to the particular situation. This is all the more problematic given that, regardless of the reason why a notary or a lawyer fails to notify his or her client that a requirement has been received, there is no way for a court to remedy that failure after the fact. If a legal adviser provides the CRA with the information or documents it seeks, the *ITA* gives the client no opportunity to remedy the improper disclosure. The client cannot go to court following the disclosure in order to withdraw certain privileged information or documents from the CRA. Once professional secrecy is lost, there is no way to recover it. This confirms that the requirement scheme is unreasonable, since it increases the risk of improper disclosure of confidential information protected by professional secrecy.

(3) Disclosure Is Not Absolutely Necessary

[58] There is more. In addition to the problems posed by the facts that notice is not given to the client and that an inappropriate burden is placed on the legal adviser alone, the courts have held that

le conseiller juridique et son client, mettant en opposition l'obligation de confidentialité du conseiller juridique envers son client et l'obligation de divulgation envers le fisc que lui impose la loi (*Lavallee*, par. 40). À ce chapitre, contrairement à ce que soutient le PGC, il importe peu que, à ce jour, aucun des notaires ayant reçu des demandes péremptoires n'ait fait l'objet d'une poursuite pénale en raison de son refus de produire les renseignements ou documents recherchés. La simple possibilité d'une telle poursuite aux termes de la *LIR* met ces conseillers juridiques dans une situation intolérable. Du point de vue de l'analyse du caractère abusif de la saisie au regard de l'art. 8 et des lacunes constitutionnelles du régime en ce qui touche les notaires et avocats et l'information protégée qu'ils détiennent, cela suffit.

[57] Puisque le client n'est pas avisé de la demande péremptoire, toutes ces conduites possibles du notaire ou de l'avocat peuvent se produire à l'insu de son client sans qu'un tribunal ne soit appelé à statuer sur la question de savoir si le secret professionnel s'applique à une situation donnée. Tout cela est d'autant plus problématique que, peu importe la raison pour laquelle un notaire ou un avocat n'avise pas son client de la réception d'une demande péremptoire, il n'existe aucune façon pour un tribunal d'y remédier après coup. Si un conseiller juridique fournit les renseignements ou documents recherchés à l'ARC, la *LIR* ne prévoit aucune possibilité pour son client de remédier à une divulgation inappropriée. Le client ne peut pas s'adresser à un tribunal après la divulgation pour retirer certains renseignements ou documents privilégiés des mains de l'ARC. Une fois le secret professionnel perdu, il n'existe aucune façon de le rétablir. Ce résultat confirme la nature abusive du régime des demandes péremptoires en ce qu'il augmente le risque de divulgation inappropriée d'informations confidentielles protégées par le secret professionnel.

(3) L'absence de nécessité absolue d'obtenir la divulgation

[58] Il y a plus. Au-delà des problèmes que posent l'absence d'avis au client et le fardeau inapproprié qui repose sur les seules épaules du conseiller juridique, la jurisprudence reconnaît qu'il n'est pas

it is not appropriate to interfere with professional secrecy unless it is absolutely necessary to do so (*Goodis*, at para. 24; *Lavallee*, at para. 36). In *Lavallee* and *FLS*, the Court faulted the authorities for the fact that the impugned searches had not been carried out as a last resort (*Lavallee*, at para. 49; *FLS*, at para. 54). In addition to the fact that, as we will explain below, the exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) is in itself problematic, we find that the entire requirement scheme is flawed in that it authorizes a seizure that cannot be characterized as a measure of last resort. In the context of a seizure involving information or documents that may be protected by the professional secrecy of notaries or lawyers, this presents a problem.

[59] We agree that the problem in this case is not as acute as in *Lavallee* or *FLS*, which involved physical searches of law offices. The mere service of a requirement to disclose certain information or documents is not on the same scale. Nevertheless, we find that it is not absolutely necessary here to rely on notaries or lawyers rather than on alternative sources in order to obtain the information or documents being sought. For example, where the Minister seeks information about specific transactions in which the client took part, the information would be available from alternative sources, such as financial institutions, that do not have as onerous an obligation to safeguard its confidentiality. In this regard, there is no evidence that the Minister even tried, albeit unsuccessfully, to obtain the information in question by alternative means before issuing a requirement to a legal adviser.

[60] No one disputes the fact that the requirement scheme serves legitimate purposes, namely the collection of amounts owed to the CRA and tax audits. Nor does anyone dispute the fact that it is important to prevent firms of notaries or lawyers from becoming tax havens. However, such firms must not be turned into archives for the tax authorities either (*FLS*, at para. 75). The fact that the requirement

approprié de porter atteinte au secret professionnel lorsqu'il n'y a pas une nécessité absolue de le faire (*Goodis*, par. 24; *Lavallee*, par. 36). Dans *Lavallee* et *FOPJ*, la Cour a reproché à l'État que les fouilles contestées n'avaient pas été effectuées en dernier recours (*Lavallee*, par. 49; *FOPJ*, par. 54). Or, outre que l'exception à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » du par. 232(1) reste en soi problématique comme nous le verrons, nous estimons que le régime des demandes péremptoires dans son entièreté est déficient, car il autorise une saisie qui ne peut être qualifiée de mesure de dernier recours. Dans un contexte où la saisie vise des renseignements ou documents qui peuvent contenir des informations protégées par le secret professionnel du notaire ou de l'avocat, cela pose problème.

[59] Nous convenons que ce problème n'est pas aussi aigu que dans *Lavallee* ou *FOPJ* où une fouille physique de bureaux d'avocats avait cours. L'envoi d'une simple demande de divulguer certains renseignements ou documents n'a pas la même portée. Néanmoins, il y a selon nous absence de nécessité absolue d'avoir ici recours aux notaires ou aux avocats plutôt qu'à des sources alternatives afin d'obtenir les renseignements ou les documents recherchés. À titre d'exemple, si le Ministre recherche de l'information relative à certaines transactions spécifiques auxquelles le client a pris part, cette information serait accessible auprès de sources alternatives telles des institutions financières, qui ne sont pas soumises à une obligation aussi élevée de sauvegarder la confidentialité de cette information. À ce chapitre, il y a d'ailleurs absence de preuve voulant que le Ministre ait même tenté d'obtenir sans succès l'information recherchée par d'autres moyens avant d'adresser une demande péremptoire à un conseiller juridique.

[60] Personne ne conteste que le régime des demandes péremptoires poursuit un but légitime, soit le recouvrement de sommes dues à l'ARC et la vérification fiscale. Personne ne conteste non plus qu'il est important d'éviter que les cabinets de notaires ou d'avocats ne deviennent des paradis fiscaux. Cependant, ces cabinets ne doivent pas non plus devenir des dépôts d'archives pour le

scheme has an important purpose does not mean that it can be used to sidestep the protection afforded by s. 8 of the *Charter*. The authorities' failure to even attempt to obtain the information or documents they seek from alternative sources indicates that the manner in which the seizure is conducted is unreasonable, as it does not minimally impair the right to professional secrecy.

[61] If the client were given notice of the requirement and afforded an opportunity to independently safeguard his or her right to professional secrecy before the information was disclosed, the fact that the requirement is not sent as a last resort would not be fatal to the scheme. The risk of information protected by professional secrecy being revealed would then be minimized by the fact that the client would have an opportunity to challenge its disclosure. That is not the case here, however, and this further problem adds to the ones already identified.

(4) Possibility of Mitigating the Scheme's Defects

[62] Finally, these constitutional defects in the *ITA*'s requirement scheme are all the more unacceptable given that they could easily be mitigated and remedied by way of measures that are compatible with the state's obligations relating to the protection of professional secrecy.

[63] For example, as the Chambre noted at the hearing in this Court and as Blanchard J. mentioned in his judgment, the declaratory action in this case had also been brought against the Attorney General of Quebec and the Deputy Minister of Revenue of Quebec in relation to the corresponding provisions of the *Act respecting the ministère du Revenu*, R.S.Q., c. M-31 ("*AMR*") (now the *Tax Administration Act*, CQLR, c. A-6.002), and the *Act to facilitate the payment of support*, CQLR, c. P-2.2 ("*AFPS*"). However, a settlement agreement was reached for that part of the action and was approved by the judge; a declaration of an out-of-court settlement, which included the transaction, was filed in the record. The transaction establishes the limits to be observed by Revenu Québec in issuing "formal

fisc (*FOPJ*, par. 75). L'existence d'un objectif important ne peut permettre au régime des demandes péremptoires de faire abstraction des protections qu'offre l'art. 8 de la *Charte*. L'absence même de tentative de l'État d'obtenir les renseignements ou documents recherchés d'autres sources indique que la façon dont on procède à la saisie n'est pas raisonnable, puisqu'elle ne porte pas atteinte au droit au secret professionnel de façon minimale.

[61] Si un client était avisé de la demande péremptoire et bénéficiait d'une occasion de veiller indépendamment à la sauvegarde de son droit au secret professionnel avant une divulgation, le fait que cette demande ne soit pas envoyée en dernier recours ne serait pas fatal au régime. Le risque que l'information protégée par le secret professionnel soit révélée serait alors atténué par le fait que le client aurait l'occasion d'en contester la divulgation. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce, si bien que ce problème additionnel s'ajoute aux autres déjà identifiés.

(4) L'atténuation possible des lacunes du régime

[62] Enfin, ces lacunes constitutionnelles du régime des demandes péremptoires de la *LIR* sont d'autant plus intolérables qu'elles pourraient facilement être atténuées et corrigées par des mesures qui respectent les obligations de l'État en matière de protection du secret professionnel.

[63] À preuve, la Chambre l'a souligné à l'audience devant nous et le juge Blanchard l'a relevé dans son jugement, la procureure générale du Québec et le sous-ministre du Revenu du Québec étaient visés par le même recours déclaratoire pour les dispositions corollaires de la *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31 (« *LMR* ») (maintenant la *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002), et de la *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, RLRQ, c. P-2.2 (« *LFPPA* »). Or, cet aspect du recours a fait l'objet d'une entente à l'amiable entérinée par le juge dans une déclaration de règlement hors cour versée au dossier et comportant une transaction. Cette dernière établit dans quels paramètres Revenu Québec pourra dorénavant procéder à une demande péremptoire de renseignements ou

demands" for information or documents to notaries. It sets out criteria to ensure that the client's professional secrecy is protected and to prevent the disclosure of documents that may contain information to which notary-client privilege applies.

[64] Revenu Québec thus agreed, *inter alia*, as regards formal demands for information sent to notaries under s. 39 of the *AMR* or s. 57.1 of the *AFPS*, to comply with a directive issued on May 3, 2005 by the Direction générale de la législation et des enquêtes (now the Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises) ("directive"). Revenu Québec also agreed to take into account the other limits imposed by the transaction, recognizing for example that, *prima facie*, certain documents are protected by professional secrecy and cannot be the subject of a formal demand.

[65] The directive concerns the minimization of state impairments of the professional secrecy of lawyers and notaries. It states that, before issuing a formal demand, Revenu Québec must try to obtain the documents or information from various public records or by requesting them from the taxpayer, another party to a contract, a financial institution, an accountant or other third parties that have prepared the documents. If Revenu Québec determines that only a lawyer or a notary has the documents or information it is seeking, the Minister of Revenue may then ask the taxpayer for permission to obtain the documents or information from the taxpayer's legal adviser by way of a consent in writing to release the adviser from professional secrecy. The directive further provides that Revenu Québec can consider sending a formal demand to a lawyer or a notary only if the other steps are unsuccessful and there is no other way to obtain the information or documents.

[66] The directive also states that, where Revenu Québec is of the opinion that professional secrecy does not apply to the information or documents being sought, a judgment may be obtained from the

de documents auprès d'un notaire. Elle prévoit des critères afin d'assurer la protection du secret professionnel du client et d'empêcher la divulgation de documents susceptibles de contenir de l'information couverte par le privilège des communications entre le client et le notaire.

[64] Ainsi, Revenu Québec s'est entre autres engagé, dans les cas de demandes péremptoires de renseignements adressées à un notaire aux termes de l'art. 39 de la *LMR* ou de l'art. 57.1 de la *LFPPA*, à respecter la directive du 3 mai 2005 émanant de la Direction générale de la législation et des enquêtes (maintenant la Direction générale de la législation, des enquêtes et du registraire des entreprises) (« directive »). Revenu Québec s'est aussi engagé à tenir compte des autres limites imposées par la transaction, ce qui inclut une reconnaissance *prima facie* que certains documents sont protégés par le secret professionnel et ne peuvent faire l'objet d'une demande péremptoire.

[65] La directive traite de la minimisation de l'atteinte au secret professionnel de l'avocat et du notaire par l'État. Aux termes de cette directive, avant de procéder à une demande péremptoire, Revenu Québec doit tenter d'obtenir les documents ou renseignements à partir des divers registres publics, ou en s'adressant au contribuable, à un cocontractant, à une institution financière, à un comptable, ou à d'autres tiers ayant préparé les documents. Si Revenu Québec constate que les documents ou les renseignements qu'il recherche se trouvent uniquement chez un avocat ou un notaire, le ministre du Revenu peut alors demander au contribuable l'autorisation de les obtenir de son conseiller juridique s'il consent par écrit à relever ce dernier du secret professionnel. En vertu de cette directive, Revenu Québec peut envisager de faire parvenir une demande péremptoire à l'avocat ou au notaire seulement dans l'éventualité où les autres démarches sont infructueuses et qu'il n'existe pas d'autres moyens de se procurer les renseignements ou documents.

[66] Par ailleurs, dans le cas où Revenu Québec estime que le secret professionnel n'est pas applicable aux renseignements ou documents recherchés, la directive prévoit qu'un jugement peut être

Court of Québec or the Superior Court, as provided for in the particular statute. Where the Minister of Revenue indicates that it is absolutely necessary to obtain the information for the purposes of administering the *AMR* or the *AFPS*, the judge must determine whether the Minister is entitled to have access to the information or documents in question.

[67] The transaction further provides that any formal demand issued to a notary by Revenu Québec must specify the information or documents covered by the demand. It must explain why Revenu Québec is of the opinion that the information or documents in question are not protected by professional secrecy, and it must ask the notary to find out whether the client agrees to waive professional secrecy. Finally, Revenu Québec agrees not to include any statement to the effect that a notary who fails to comply with a formal demand could face prosecution that could result in a fine or a term of imprisonment. Revenu Québec also agrees not to prosecute a notary who invokes professional secrecy in good faith.

[68] The agreement between the Chambre and the Quebec authorities is helpful to our analysis, since it shows that there are ways to minimize the risk that a requirement scheme will impair professional secrecy. In its current form, the *ITA*'s requirement scheme is problematic insofar as it is applied to a notary or a lawyer. It will be for Parliament, if it so chooses, to adopt measures specifying how the CRA can obtain information or documents from a taxpayer's legal adviser without jeopardizing professional secrecy. Currently, in our view, the impairment permitted by the requirement scheme set out in ss. 231.2(1) and 231.7 of the *ITA* is not consistent with the principle of minimization (*Maranda*, at paras. 14-20).

C. *Constitutional Defects in the Exception in Section 232(1) of the ITA*

[69] The Court of Appeal held that the accounting records exception also infringes the rights guaranteed

obtenu de la Cour du Québec ou de la Cour supérieure selon la loi visée. Dans les cas où le ministre du Revenu indique qu'il est absolument nécessaire d'obtenir cette information afin d'appliquer la *LMR* ou la *LFPPA*, le juge doit statuer sur son droit d'accès aux renseignements ou aux documents visés.

[67] La transaction prévoit de plus que toute demande péremptoire de Revenu Québec destinée à un notaire doit préciser le ou les renseignements ou documents faisant l'objet de la demande. Elle doit indiquer les motifs pour lesquels Revenu Québec est d'avis que ces renseignements ou documents ne sont pas protégés par le secret professionnel et inviter le notaire à vérifier auprès de son client s'il accepte de renoncer au secret professionnel. Enfin, Revenu Québec s'engage à n'inclure aucune mention que le notaire qui n'obtempère pas à une demande péremptoire s'expose à des poursuites pénales pouvant entraîner une amende ou une peine d'emprisonnement. Revenu Québec s'engage aussi à ne pas intenter de poursuites pénales à l'encontre d'un notaire qui, de bonne foi, invoque le secret professionnel.

[68] L'entente entre la Chambre et les autorités québécoises est utile à notre analyse, car elle met en évidence qu'il existe des façons d'atténuer le risque qu'un régime de demandes péremptoires porte atteinte au secret professionnel. Dans sa forme actuelle, le régime des demandes péremptoires de la *LIR* est problématique dans la mesure où il est appliqué à un notaire ou à un avocat. Il appartiendra au législateur fédéral, s'il le souhaite, d'adopter des mesures sur la façon par laquelle l'ARC peut obtenir des renseignements ou documents de la part d'un conseiller juridique d'un contribuable sans pour autant mettre le secret professionnel en péril. À notre avis, à l'heure actuelle, l'atteinte que permet le régime des demandes péremptoires prévu au par. 231.2(1) et à l'art. 231.7 de la *LIR* ne respecte pas le principe de minimisation (*Maranda*, par. 14-20).

C. *Les lacunes constitutionnelles de l'exception prévue au par. 232(1) de la LIR*

[69] La Cour d'appel a décidé que l'exception relative aux relevés comptables porte elle aussi atteinte

by s. 8 of the *Charter*. We agree with this conclusion, too.

[70] Even though we have concluded that the requirement scheme is contrary to s. 8 for the reasons and to the extent mentioned above, whether this exception is constitutional remains an important issue. In the companion case, *Canada (National Revenue) v. Thompson*, 2016 SCC 21, [2016] 1 S.C.R. 381, we find that the definition in s. 232(1) creates a valid exception to solicitor-client privilege on the basis of the rules of interpretation enunciated in *Blood Tribe*. Therefore, even if Parliament remedies the defects we have identified in the general requirement scheme, the application of that exception in the context of a requirement could nonetheless result in the disclosure of information that is normally "privileged" as defined by the courts. A separate analysis regarding the exception is therefore necessary in this case.

[71] No matter how it is viewed, the exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" does not withstand constitutional scrutiny. The abrogation of professional secrecy in respect of the accounting records of lawyers in a scheme that allows such documents to be seized gives the state access to a whole range of information that would otherwise be exempt from the duty to disclose and therefore exempt from seizure. The Minister has not satisfied us that giving the state access to a range of information that is normally protected by professional secrecy is absolutely necessary to meet the *ITA*'s objectives. In the absence of absolute necessity and given that there is no possibility of judicial review to ensure that professional secrecy is protected, the accounting records exception infringes s. 8 of the *Charter* by allowing the unreasonable seizure of information found in the accounting records of notaries or lawyers.

(1) Accounting Records and Protected Information

[72] It is well established that the accounting records of notaries and lawyers are inherently capable

aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Nous sommes également d'accord.

[70] Malgré notre conclusion que le régime des demandes péremptoires est contraire à l'art. 8 pour les raisons et dans la mesure déjà exprimées, la question de la constitutionnalité de cette exception demeure importante. Dans le pourvoi connexe *Canada (Revenu national) c. Thompson*, 2016 CSC 21, [2016] 1 R.C.S. 381, nous déterminons en effet que la définition que contient le par. 232(1) crée une exception valide au secret professionnel selon les règles d'interprétation énoncées dans *Blood Tribe*. Ainsi, même si le Parlement remédie aux lacunes du régime général de demandes péremptoires que nous identifions, l'application de cette exception dans le cadre d'une telle demande pourrait néanmoins résulter en une divulgation d'informations ou de renseignements normalement privilégiés au sens de la jurisprudence. Une analyse séparée de cette exception s'impose donc en l'espèce.

[71] Peu importe l'angle sous lequel on la considère, l'exception prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » ne résiste pas à un examen constitutionnel. La suppression du secret professionnel à l'égard du relevé comptable de l'avocat dans le contexte d'un régime qui permet la saisie de ces documents donne à l'État l'accès à une panoplie d'informations qui seraient autrement soustraites à l'obligation de divulguer, et donc insaisissables. Le Ministre ne nous convainc pas que permettre à l'État d'avoir accès à une gamme d'informations normalement protégées par le secret professionnel est absolument nécessaire pour répondre aux objectifs de la *LIR*. En l'absence d'une nécessité absolue et de tout contrôle judiciaire visant à assurer la protection du secret professionnel, l'exception relative aux relevés comptables contrevient à l'art. 8 de la *Charte* en rendant abusive la saisie d'information contenue dans les relevés comptables de notaires ou d'avocats.

(1) Relevés comptables et informations protégées

[72] Il est acquis que les relevés comptables des notaires et des avocats sont en soi susceptibles de

of containing information that is protected by professional secrecy. In *Descôteaux*, the Court quoted the following passage from John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, § 2292): "Where legal advice of any kind is sought from a professional legal adviser in his capacity as such, the communications relating to that purpose, made in confidence by the client, are at his instance permanently protected from disclosure . . ." (pp. 872-73). In *Foster Wheeler*, the Court observed that "[i]t would be inaccurate to reduce the content of the obligation of confidentiality to opinions, advice or counsel given by lawyers to their clients" (para. 38). In *Maranda*, noting the importance of the information that can be extracted from particulars as seemingly neutral as the amount of the fees paid by a client, the Court concluded that "the fact consisting of the amount of the fees must be regarded, in itself, as information that is . . . protected" (para. 33). The Court thus acknowledged that, even where accounting information includes no description of work, it may in itself, if disclosed, reveal confidential and privileged information.

[73] Whether a document or the information it contains is privileged depends not on the type of document it is but, rather, on its content and on what it might reveal about the relationship and communications between a client and his or her notary or lawyer. If lawyers' fees can reveal privileged information, it is difficult to see why this could not also be the case for accounting records. Such records will not always contain privileged information, of course, but the fact remains that they may contain some, so their disclosure could involve a breach of professional secrecy. This is sufficient for the purposes of our analysis.

[74] From this perspective, it is important to note that clients' names may appear in accounting records that contain information about amounts received by and owed to a notary or a lawyer. In some cases, those names may be privileged, since the fact that a person has consulted a notary or a lawyer may reveal other confidential information

contenir des informations protégées par le secret professionnel. Citant John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, § 2292), la Cour écrit dans *Descôteaux* que « [l]es communications faites par le client qui consulte un conseiller juridique ès qualités, voulues confidentielles par le client, et qui ont pour fin d'obtenir un avis juridique font l'objet à son instance d'une protection permanente contre toute divulgation » (p. 872-873). Dans *Foster Wheeler*, la Cour souligne qu'« il serait inexact de tenter de réduire le contenu de l'obligation de confidentialité à celui de l'opinion, de l'avis ou du conseil donné par l'avocat à son client » (par. 38). Dans *Maranda*, notant l'importance des renseignements qui peuvent être tirés d'informations apparemment aussi neutres que le montant des honoraires versés par un client, la Cour conclut que « le fait même du montant des honoraires doit être considéré comme un élément d'information protégé » (par. 33). La Cour reconnaît ainsi que, même lorsqu'une information de nature comptable ne comporte aucune description de tâche, sa divulgation peut à elle seule révéler de l'information confidentielle et privilégiée.

[73] La nature privilégiée d'un document ou de l'information qu'il contient ne dépend pas de la catégorie à laquelle le document appartient, mais plutôt de son contenu et de ce qu'il peut révéler sur la relation et les communications entre un client et son notaire ou avocat. Si les honoraires d'avocats peuvent révéler de l'information privilégiée, nous voyons mal pourquoi ce ne pourrait être le cas avec les relevés comptables. Certes, un relevé comptable ne contiendra pas toujours de l'information privilégiée. Il n'en demeure pas moins qu'il est susceptible d'en contenir, de sorte que la divulgation d'un tel relevé peut comporter une violation du secret professionnel. Cela suffit pour les fins de notre analyse.

[74] De ce point de vue, il importe de rappeler que les relevés comptables qui contiennent de l'information relative aux sommes reçues par un notaire ou un avocat et celles qui lui sont dues risquent de contenir le nom de clients. Dans certains cas, les noms des clients peuvent être privilégiés, car le fait qu'une personne ait consulté un notaire ou un

about the person's personal life or legal problems (*Lavallee*, at para. 28; G. Geddes, "The Fragile Privilege: Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege" (1999), 47 *Can. Tax J.* 799, at pp. 805-6; Lederman, Bryant and Fuerst, at p. 939). Accounting records may also include a description of the mandate the notary or lawyer was given and for which a statement of account was submitted to the client. In other cases, the notary or lawyer may include numerous particulars about the work he or she performed, including the topic of the consultation with the client. Finally, a legal adviser might keep his or her books of account and other accounting records related to the statements of account sent to clients and the amounts owed by clients in such a way as to reveal certain aspects of the litigation strategy that was adopted in a given case.

[75] This being the case, the outright exclusion of the accounting records of notaries and lawyers from the protection of professional secrecy as set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* causes a problem. Although the definition expressly provides that an accounting record includes "any supporting voucher or cheque", the expression "accounting record of a lawyer" is not defined in the *ITA*. Section 230(2.1) of the *ITA* does require lawyers to keep records and books of account, but it does not specify what information those records must contain. This lack of precision creates a real risk that a wide variety of documents, some of which may contain information protected by professional secrecy, will be disclosed in response to a requirement. The expression "accounting record of a lawyer" is open to multiple interpretations. Some of these interpretations could lead a court to conclude that such records cannot be considered to contain any privileged information, while others could lead to the opposite conclusion (*Organic Research Inc. v. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336 (Q.B.)).

[76] Moreover, this lack of precision of the expression "accounting record of a lawyer" in terms of the documents practitioners must keep, the format they must be kept in and the level of detail they must contain creates a risk that different legal advisers will

avocat peut révéler d'autres informations confidentielles sur sa vie personnelle ou ses problèmes juridiques (*Lavallee*, par. 28; G. Geddes, « The Fragile Privilege : Establishing and Safeguarding Solicitor-Client Privilege » (1999), 47 *Rev. fisc. can.* 799, p. 805-806; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 939). Les relevés comptables peuvent en outre contenir des descriptions du mandat reçu et pour lequel un état de compte a été remis au client. Dans d'autres cas, le notaire ou l'avocat peut inclure de nombreux détails relatifs au travail accompli, dont le sujet de la consultation avec le client. Enfin, la simple façon dont le conseiller juridique tient ses livres et registres comptables à l'égard des états de compte envoyés à ses clients et des sommes dues par ces derniers pourrait divulguer certains aspects de la stratégie adoptée dans le cadre d'un litige.

[75] Cela étant, l'exclusion pure et simple des relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat de la protection du secret professionnel dans la définition du privilège des communications entre client et avocat énoncée au par. 232(1) de la *LIR* pose problème. Bien qu'il soit précisé qu'un relevé comptable inclut explicitement « toute pièce justificative ou tout chèque », l'expression « relevé comptable d'un avocat » n'est pas définie dans la *LIR*. Le paragraphe 230(2.1) de la *LIR* exige bien que les avocats tiennent des registres et livres de comptes, mais il ne précise pas quelles informations doivent se trouver dans ces registres. Ce manque de précision crée un risque réel qu'une large variété de documents, incluant certains contenant de l'information couverte par le secret professionnel, soit divulguée dans le cadre d'une demande péremptoire. L'expression « relevé comptable d'un avocat » se prête à de multiples interprétations. Certaines peuvent mener un tribunal à conclure qu'aucune information privilégiée ne peut être considérée comme figurant dans ces relevés; d'autres peuvent mener à la conclusion contraire (*Organic Research Inc. c. Minister of National Revenue* (1990), 111 A.R. 336 (B.R.)).

[76] De plus, ce manque de précision de l'expression « relevé comptable d'un avocat » quant aux documents devant être tenus par le professionnel, au format dans lequel ils doivent être tenus, et au niveau de détails qu'ils doivent atteindre, soulève un

include different information in their accounting records. The risk that a client's privileged information might be exposed as a result of the exception may therefore vary greatly.

(2) Constitutional Analysis

[77] In *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, the Court noted that "whether solicitor-client privilege can be violated by the express intention of the legislature is a controversial matter" (para. 34). In this appeal, we are not being asked to answer this question for all cases in which a legislature expresses a clear and unequivocal intention to abrogate professional secrecy in respect of a class of documents or information. The question in the case at bar is limited to whether an abrogation of that privilege that has the effect of permitting the seizure of documents that would otherwise be protected by professional secrecy constitutes an infringement of the right to be secure against unreasonable seizure guaranteed by s. 8.

[78] In our view, for the exception at issue in this case, the answer must be yes. The exception is broad and undefined, as it permits the seizure of any accounting record of a notary or a lawyer. As a result of s. 231.7 of the *ITA*, the effect of the exception is stark. Once a court finds that a document is an accounting record, it must order that the document be disclosed regardless of whether it would be considered privileged in the absence of the exception. In other words, for all practical purposes, the exception removes from the court's jurisdiction the determination of whether accounting records in respect of which a requirement has been issued are privileged.

[79] At the hearing in this Court, the AGC and the CRA, no doubt aware of this problem, argued for the first time that judges nonetheless have some "residual discretion" in such cases. They argued that a judge considering a ministerial application for disclosure can exercise this "discretion" to exclude privileged documents from the seizure of accounting records of a notary or a lawyer. We reject this argument. It conflicts with the actual wording of the accounting

risque que différents conseillers juridiques incluent différentes informations dans leurs relevés comptables. Le degré de risque auquel l'information privilégiée d'un client peut être exposée en raison de l'exception peut donc varier énormément.

(2) Analyse constitutionnelle

[77] Dans *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, la Cour souligne que « [l]a question de savoir si [. . .] le législateur peut écarter expressément le privilège avocat-client est matière à controverse » (par. 34). La présente affaire ne nous invite pas à répondre à cette question pour tous les cas où un législateur démontre une intention claire et non équivoque de supprimer le secret professionnel pour une catégorie de documents ou d'informations. La question qui se pose ici se limite à déterminer si une suppression de ce privilège qui a pour effet de permettre la saisie de documents autrement couverts par le secret professionnel constitue une atteinte au droit à la protection contre les saisies abusives garanti par l'art. 8.

[78] À notre avis, pour l'exception dont il s'agit, la réponse doit être affirmative. Cette exception est large et non définie, permettant la saisie de tout relevé comptable d'un notaire ou d'un avocat. Compte tenu de l'art. 231.7 de la *LIR*, l'effet de l'exception est brutal. Dès qu'un tribunal constate qu'un document est un relevé comptable, il doit en ordonner la divulgation, et ce, peu importe que ce document aurait été jugé privilégié en l'absence de l'exception. En d'autres termes, l'exception fait en sorte que le contrôle judiciaire du caractère privilégié des relevés comptables visés par une demande péremptoire est à toutes fins pratiques éliminé.

[79] À l'audience devant nous, sans doute conscients de ce problème, le PGC et l'ARC ont soulevé pour la première fois l'argument voulant que le juge dispose néanmoins d'une « discrétion résiduelle » dans un tel cas. Cette « discrétion » permettrait au juge qui considère une demande ministérielle de divulgation de retirer de la saisie des relevés comptables d'un notaire ou d'un avocat des documents qui seraient privilégiés. Nous rejetons cet argument. Il

records exception and with the meaning of s. 231.7. Neither of those provisions mentions such a "residual discretion". The definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) results, rather, in a complete abrogation of professional secrecy in respect of one class of documents, namely the accounting records of notaries and lawyers.

[80] To determine whether an abrogation of professional secrecy in the context of a seizure is constitutional, a court must consider what characterizes professional secrecy as a substantive right. More specifically, the third factor of the substantive rule from *Descôteaux* is of decisive importance in such a case. According to Lamer J., when a law authorizes someone to do something that might interfere with the right to confidentiality that results from professional secrecy, "the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation" (p. 875 (emphasis added)).

[81] Thus, a legislative provision cannot, by abrogating professional secrecy, authorize the state to gain access to information that is normally protected, where the abrogation is not absolutely necessary to achieve the purposes of the legislation. If the provision does so, the seizure will be unreasonable and contrary to s. 8 of the *Charter*. This rule prevents the state from giving itself, with a clear intention to create a statutory exception to professional secrecy, the authority to gain untrammelled access to documents that are normally privileged even though the state's operations are facilitated only minimally by access to the information.

[82] This is consistent with the emphasis frequently placed by the Court on ensuring that professional secrecy always remains as close to absolute as possible (*McClure*, at para. 35). Limits on professional secrecy must take into account the duty recognized by the Court to minimize impairments (*Maranda*, at para. 14; *Goodis*, at para. 24). This Court's decisions have narrowly circumscribed the

se heurte au libellé même de l'exception relative aux relevés comptables, ainsi qu'au sens de l'art. 231.7. Ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne fait état de l'existence d'une telle « discrétion résiduelle ». La définition de « privilège des communications entre client et avocat » donnée par le par. 232(1) conduit plutôt à une suppression totale du secret professionnel pour une catégorie de documents, soit celle des relevés comptables des notaires et des avocats.

[80] L'analyse de la validité constitutionnelle d'une suppression du secret professionnel dans le cadre d'une saisie doit tenir compte de ce qui le caractérise en tant que droit substantiel. Plus particulièrement, le troisième facteur de la règle de fond formulée dans *Descôteaux* a une importance décisive dans un tel cas. Selon ce que le juge Lamer indique, lorsqu'une loi permet de faire quelque chose qui risque de porter atteinte au droit à la confidentialité qui découle du secret professionnel, « la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante » (p. 875 (nous soulignons)).

[81] Partant, une disposition législative ne peut permettre à l'État d'avoir accès à une information normalement protégée en supprimant le secret professionnel au-delà de la mesure dans laquelle la suppression est absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la loi. Dans le cas contraire, la saisie effectuée est abusive et viole l'art. 8 de la *Charte*. Cette règle évite que l'État s'autorise impunément d'une intention claire de créer par voie législative une exception au secret professionnel pour avoir accès à des documents normalement privilégiés alors que l'accès aux informations ne facilite les opérations de l'État que de façon minimale.

[82] Cela s'inscrit dans le sens de l'accent fréquemment mis par la Cour sur l'importance d'assurer que le secret professionnel demeure toujours aussi absolu que possible (*McClure*, par. 35). Les restrictions au secret professionnel doivent tenir compte de l'obligation de minimisation des atteintes reconnue par la Cour (*Maranda*, par. 14; *Goodis*, par. 24). La jurisprudence de la Cour circonscrit

situations in which and the reasons for which professional secrecy may be set aside without the client's consent. In every case, professional secrecy will be set aside only if the court is of the view that it is absolutely necessary to do so, and only for a very specific purpose. Even then, the exceptions must be precisely defined.

[83] For example, in legal proceedings, where professional secrecy prevents an accused from making full answer and defence, it can be set aside only if the innocence of the accused is at stake (*R. v. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at pp. 43-45; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, at para. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607; *Brown*). Likewise, where concerns about the health and well-being of individuals make it necessary to infringe professional secrecy, "the interference must be no greater than is essential to the maintenance of security" (*Solosky*, at p. 840). In *Smith*, the Court upheld the requirement that privileged documents be disclosed only on the basis of a clear, serious and imminent danger (para. 84). Major J., dissenting on another point, agreed that a more permissive standard that authorizes "completely lifting the privilege and allowing [the client's] confidential communications to his legal advisor to be used against him in the most detrimental ways will not promote public safety, only silence" (para. 23). Any other conclusion would undermine the main rationale for professional secrecy: the need to maintain a legal system that ensures that individuals have access to specialists who will represent their interests and with whom they can be completely honest about their legal problems and needs.

[84] The potential scope of the expression "accounting record of a lawyer" is therefore problematic from the standpoint of the absolute necessity test. The exception set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* does not distinguish the many forms that information in an accounting record can take. For now, all information in an accounting record is to be disclosed in response to a requirement regardless of the form or the content of the record. The information may

étroitement les situations dans lesquelles et les raisons pour lesquelles le secret professionnel peut être levé sans le consentement du client concerné. Dans chaque cas, le secret professionnel n'est levé que lorsque les tribunaux sont d'avis qu'il est absolument nécessaire de le faire, et ce, dans un but très spécifique. Même là, les exceptions doivent être circonscrites avec précision.

[83] Ainsi, dans des procédures judiciaires, si le secret professionnel empêche un accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne peut être levé que si son innocence est en jeu (*R. c. Dunbar* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), p. 43-45; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, par. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 607; *Brown*). De même, lorsqu'une crainte pour la santé et le bien-être des citoyens rend nécessaire la violation du secret professionnel, « l'intervention ne doit pas aller au-delà de ce qui est essentiel au maintien de la sécurité » (*Solosky*, p. 840). Dans *Smith*, la Cour maintient l'exigence que la divulgation de documents privilégiés ne puisse être motivée que par un danger clair, grave et imminent (par. 84). Dissident sur un autre point, le juge Major a convenu qu'une norme plus laxiste qui permettrait « la suppression complète du privilège et la possibilité d'utiliser contre [le client] de la manière la plus préjudiciable qui soit les conversations confidentielles qu'il a eues avec son conseiller juridique ne favoriseront pas la sécurité publique, seulement le silence » (par. 23). Conclure autrement irait à l'encontre de la raison d'être principale du secret professionnel : le besoin de maintenir un système de droit qui assure aux individus l'accès à des spécialistes qui représentent leurs intérêts et avec lesquels ils peuvent être complètement honnêtes à l'égard de leurs problèmes et besoins juridiques.

[84] L'étendue potentielle de l'expression « relevé comptable d'un avocat» est en ce sens problématique du point de vue du critère de la nécessité absolue. L'exception à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR* ne fait aucune distinction entre les multiples formes que peut prendre l'information figurant dans un relevé comptable. Pour le moment, toute l'information figurant dans un relevé comptable est sujette à divulgation en vertu d'une

therefore have nothing to do with the Minister's power of audit and collection, and the Minister may not need it in order to achieve his or her objective under the *ITA*. In fact, nothing in the arguments of the AGC and the CRA suggests why, to achieve the purposes of the *ITA*, it would be absolutely necessary to set aside professional secrecy for such a wide range of documents rather than, for example, doing so only in respect of the amounts paid and owed by clients.

[85] It is true that in the companion case, *Thompson*, the Minister argues that, when a requirement is sent to a lawyer whose own tax liability is the subject of an assessment, access to clients' names may be necessary in order for the amounts owed by the lawyer to be collected and for the Minister to fulfil the Minister's duties under the *ITA*. Nevertheless, we note that, in the absence of a definition of "accounting record of a lawyer" in the *ITA*, it is impossible to distinguish an accounting record that contains only a client's name and the amount the client owes the lawyer from one that contains much more information about the nature of the activities a lawyer has engaged in for a client under a mandate for professional services. When the Minister requests access to a lawyer's accounting records by means of a requirement, all such records must be disclosed, even if they contain information that will not help the CRA collect the amounts it is owed.

[86] In closing, we would add that a conclusion that the exception is valid could have unfortunate consequences that transcend this appeal. The *ITA* sets only a vague limit on what the CRA can do in requesting access to information by means of a requirement: the information must be necessary "for any purpose related to the administration or enforcement of this Act" (s. 231.2(1)). There appear to be no restrictions on sharing the information with government agencies and other public players as long as the CRA does so for a purpose related to the administration or enforcement of the *ITA*.

demande péremptoire, peu importe la forme et la teneur de ce relevé. Cette information peut donc ne concerner en rien le pouvoir de vérification et de recouvrement du Ministre, ni être nécessaire pour lui permettre d'atteindre l'objectif qu'il poursuit en vertu de la *LIR*. En fait, rien dans les arguments du PGC et de l'ARC ne suggère en quoi, pour atteindre les objectifs de la *LIR*, il serait absolument nécessaire de lever le secret professionnel à l'égard d'une gamme aussi vaste de documents, plutôt que de la limiter, par exemple, aux seuls montants payés et dus par les clients.

[85] Il est vrai que dans le pourvoi connexe *Thompson*, le Ministre soutient que, pour l'envoi d'une demande péremptoire à un avocat visé par une cotisation, l'accès aux noms de clients peut être nécessaire pour le recouvrement des sommes dues par cet avocat et pour le respect par le Ministre de ses obligations en vertu de la *LIR*. Néanmoins, nous constatons que, en l'absence d'une définition de « relevé comptable d'un avocat » dans la *LIR*, il est impossible de distinguer le relevé comptable qui ne contient que le nom d'un client et la somme qu'il doit à son avocat, de celui qui contient beaucoup plus d'informations sur la nature des activités qu'un avocat accomplit pour un client dans le cadre d'un mandat pour services professionnels. Lorsque le Ministre demande accès aux relevés comptables d'un avocat dans le cadre d'une demande péremptoire, ils doivent tous être divulgués, même s'ils contiennent de l'information qui n'aidera pas l'ARC à recouvrer les sommes dues.

[86] Nous ajoutons en terminant que la reconnaissance de la validité de l'exception pourrait avoir des conséquences fâcheuses qui dépassent le cadre du présent appel. La *LIR* ne prévoit en effet qu'une vague limite à la manière par laquelle l'ARC peut demander d'avoir accès à de l'information au moyen d'une demande péremptoire : l'information doit être nécessaire « pour l'application ou l'exécution de la présente loi » (par. 231.2(1)). Il ne semble pas y avoir de restrictions à l'égard des agences gouvernementales et autres acteurs publics avec lesquels l'ARC peut partager l'information, pourvu que cette dernière le fasse pour l'application ou l'exécution de la *LIR*.

[87] As a result, there is a real risk that, even if an audit or a collection action under the *ITA* does not directly target clients, information that the CRA obtains about them could be used against them in other circumstances. Within the CRA, for example, information disclosed in response to a requirement could be used to start investigations concerning clients' income tax returns. In our view, it would be unacceptable to allow the state to make use of an administrative procedure in order to obtain information that would otherwise be protected by professional secrecy, and then allow it to use that information for other purposes simply because Parliament excluded a lawyer's accounting records from the definition of "solicitor-client privilege".

D. *Section 1 Analysis*

[88] Section 1 of the *Charter* "guarantees the rights and freedoms set out in [the *Charter*]". It provides that this guarantee is "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

[89] In order to justify the infringement of rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*, the appellants must show that the impugned provisions of the *ITA* have a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to the objective; (2) it is minimally impairing of the rights in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). In *Lavallee*, the Court wrote that "if, as here, the violation of s. 8 is found to consist of an unjustifiable impairment of the privacy interest protected by that section, everything else aside, it is difficult to conceive that the infringement could survive the minimal impairment part of the *Oakes* test" (para. 46).

[87] En conséquence, il y a un risque réel que même si des clients eux-mêmes ne font pas l'objet d'une vérification fiscale ou d'une procédure de recouvrement en application de la *LIR*, l'information obtenue par l'ARC à leur égard puisse être utilisée contre eux dans d'autres circonstances. Au sein de l'ARC, l'information divulguée dans le cadre d'une demande péremptoire peut ainsi être utilisée afin de commencer des enquêtes relatives aux déclarations d'impôts des clients. Il serait inacceptable à notre avis de permettre à l'État d'obtenir, dans une procédure administrative, des informations autrement protégées par le secret professionnel et d'être libre par la suite d'utiliser cette information pour d'autres fins du seul fait que le Parlement a exclu les relevés comptables d'un avocat de la définition du « privilège des communications entre client et avocat ».

D. *L'analyse sous l'article premier*

[88] L'article premier de la *Charte* « garantit les droits et libertés qui [. . .] sont énoncés [dans la *Charte*] ». L'article prévoit que ces droits « 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 ».

[89] Pour justifier une atteinte aux droits que reconnaît l'art. 8 de la *Charte*, les appelants doivent démontrer que l'objet des dispositions contestées de la *LIR* est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet; (2) elle porte atteinte de façon minimale aux droits en question; et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Dans *Lavallee*, la Cour écrit que « si, comme en l'espèce, la violation de l'art. 8 est jugée constituer une atteinte injustifiable au droit à la vie privée protégé par cette disposition, toute autre chose à part, il est difficile de concevoir que cette violation puisse résister au volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes* » (par. 46).

[90] In the instant case, it is clear that the *ITA* has a pressing and substantial objective, namely the collection of taxes. Moreover, there is a logical and direct connection between the collection of taxes and the requirement scheme. Requirements enable the CRA to obtain information about taxpayers so that it can ensure that the information they have provided it is accurate.

[91] However, the requirement scheme in relation to notaries and lawyers fails at the minimal impairment stage of the justification analysis. For the reasons given above, the statutory provisions in question — ss. 231.2(1) and 231.7 and the accounting records exception set out in s. 232(1) of the *ITA* — do not minimally impair the right to professional secrecy. As a result, they cannot be saved under s. 1.

VI. Remedy and Conclusion

[92] We conclude that the requirement scheme in the *ITA* infringes s. 8 of the *Charter* and must be declared to be unconstitutional insofar as it applies to notaries and lawyers in Quebec. The appropriate remedy in this case will be to "read down" the statutory provisions at issue, as the Court did in *FLS*, so as to exclude notaries and lawyers from the scope of their operation (para. 63). Since the Court has already found that the requirement scheme is generally constitutional insofar as requirements are sent to taxpayers (*McKinlay Transport*), it is neither necessary nor appropriate to find that the entire scheme is invalid. We consider it more appropriate simply to prohibit its being applied to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers.

[93] We would therefore declare s. 231.2(1) of the *ITA*, which authorizes the Minister to send requirements, and s. 231.7 of the *ITA*, which authorizes the Minister to apply to a court to follow up on a requirement, to be unconstitutional, and inapplicable to notaries and lawyers in their capacity as legal advisers.

[90] En l'espèce, il est certain que la *LIR* a un objectif urgent et réel, soit le recouvrement des impôts. Par ailleurs, il existe un lien logique et direct entre ce recouvrement et le régime des demandes péremptoires. En effet, ces dernières permettent à l'ARC d'obtenir des informations relatives aux contribuables afin de s'assurer de l'exactitude des données fournies par ceux-ci aux autorités fiscales.

[91] Néanmoins, au stade de l'atteinte minimale, la justification du régime des demandes péremptoires en ce qui concerne les notaires et les avocats échoue. Pour les raisons déjà indiquées, les dispositions législatives concernées, que ce soit le par. 231.2(1), l'art. 231.7 ou l'exception relative aux relevés comptables du par. 232(1) de la *LIR*, ne constituent pas une atteinte minimale au secret professionnel. Elles ne peuvent par conséquent être sauvegardées par application de l'article premier.

VI. Réparation et conclusion

[92] Nous concluons que le régime des demandes péremptoires de la *LIR* contrevient à l'art. 8 de la *Charte* et doit être déclaré inconstitutionnel dans la mesure où il s'applique aux notaires et aux avocats du Québec. Comme la Cour l'a fait dans *FOPJ*, la réparation convenable en l'espèce consiste en l'adoption d'« une interprétation atténuée » des dispositions législatives en cause pour exclure les notaires et les avocats de leur champ d'application (par. 63). Puisque la Cour a déjà reconnu le régime des demandes péremptoires comme étant, en règle générale, constitutionnel dans la mesure où les demandes sont envoyées aux contribuables (*McKinlay Transport*), il n'est ni nécessaire ni opportun d'invalider le régime dans son entièreté. Nous estimons plus approprié de simplement en interdire l'application aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques.

[93] Il y a donc lieu de déclarer le par. 231.2(1) de la *LIR*, qui autorise le Ministre à envoyer des demandes péremptoires, et l'art. 231.7 de la *LIR*, qui l'autorise à s'adresser aux tribunaux pour y donner suite, inconstitutionnels et inapplicables aux notaires et aux avocats en leur qualité de conseillers juridiques.

[94] On the other hand, the exception for a lawyer's accounting records set out in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA* is unconstitutional and invalid. The manner in which it limits the scope of professional secrecy is not absolutely necessary to achieve the purposes of the *ITA*, which means that the exception is contrary to s. 8 of the *Charter*.

[95] Finally, in our view, it is not appropriate to establish a list of documents that are *prima facie* protected by professional secrecy. Whether a document is protected by professional secrecy depends not on the type of document it is but, rather, on its content and on what it might reveal about the relationship of and communications between a client and his or her legal adviser.

[96] The appeal is therefore dismissed with costs. The constitutional questions set out in para. 24 of our reasons are answered as follows:

1. No answer is required.

2. No answer is required.

3. Yes, but in the case of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) of the *ITA*, solely as regards the exception for a lawyer's accounting records.

4. No.

APPENDIX

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

Requirement to provide documents or information

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international

[94] Par ailleurs, l'exception relative aux relevés comptables d'un avocat prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est inconstitutionnelle et invalide. La manière dont elle restreint la portée du secret professionnel n'est pas absolument nécessaire pour atteindre les objectifs de la *LIR*, ce qui rend cette exception contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

[95] Enfin, nous sommes d'avis qu'il n'est pas à propos d'établir une liste de documents bénéficiant *prima facie* de la protection du secret professionnel. Déterminer qu'un document bénéficie ou non de la protection du secret professionnel ne dépend pas de la catégorie à laquelle il appartient, mais plutôt de son contenu et de ce qu'il est susceptible de révéler sur la relation et les communications entre un client et son conseiller juridique.

[96] Par conséquent, l'appel est rejeté avec dépens. Les réponses aux questions constitutionnelles énoncées au par. 24 de nos motifs sont les suivantes :

1. Aucune réponse n'est requise.

2. Aucune réponse n'est requise.

3. Oui, mais en ce qui concerne la définition de « privilège des communications entre client et avocat » énoncée au par. 232(1) de la *LIR*, uniquement au regard de l'exception relative au relevé comptable d'un avocat.

4. Non.

ANNEXE

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

Production de documents ou fourniture de renseignements

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné

agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

Unnamed persons

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

Judicial authorization

(3) A judge of the Federal Court may, on application by the Minister and subject to any conditions that the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the "group") if the judge is satisfied by information on oath that

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) to (6) [Repealed, 2013, c. 33, s. 21]

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

ou d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

Personnes non désignées nommément

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

Autorisation judiciaire

(3) Sur requête du ministre, un juge de la Cour fédérale peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents prévues au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et **d)** [Abrogés, 1996, c. 21, art. 58(1)]

(4) à **(6)** [Abrogés, 2013, c. 33, art. 21]

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

Notice required

(2) An application under subsection (1) must not be heard before the end of five clear days from the day the notice of application is served on the person against whom the order is sought.

Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

Contempt of court

(4) If a person fails or refuses to comply with an order, a judge may find the person in contempt of court and the person is subject to the processes and the punishments of the court to which the judge is appointed.

Appeal

(5) An order by a judge under subsection (1) may be appealed to a court having appellate jurisdiction over decisions of the court to which the judge is appointed. An appeal does not suspend the execution of the order unless it is so ordered by a judge of the court to which the appeal is made.

Definitions

232 (1) In this section,

custodian means a person in whose custody a package is placed pursuant to subsection 232(3);

judge means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court;

lawyer means, in the province of Quebec, an advocate or notary and, in any other province, a barrister or solicitor;

officer means a person acting under the authority conferred by or under sections 231.1 to 231.5;

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

Avis

(2) La demande n'est entendue qu'une fois écoulés cinq jours francs après signification d'un avis de la demande à la personne à l'égard de laquelle l'ordonnance est demandée.

Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

Outrage

(4) Quiconque refuse ou fait défaut de se conformer à une ordonnance peut être reconnu coupable d'outrage au tribunal; il est alors sujet aux procédures et sanctions du tribunal l'ayant ainsi reconnu coupable.

Appel

(5) L'ordonnance visée au paragraphe (1) est susceptible d'appel devant le tribunal ayant compétence pour entendre les appels des décisions du tribunal ayant rendu l'ordonnance. Toutefois, l'appel n'a pas pour effet de suspendre l'exécution de l'ordonnance, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal saisi de l'appel.

Définitions

232 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

avocat Dans la province de Québec, un avocat ou notaire et, dans toute autre province, un barrister ou un solicitor.

fonctionnaire Personne qui exerce les pouvoirs conférés par les articles 231.1 à 231.5.

gardien Personne à la garde de qui un colis est confié conformément au paragraphe (3).

juge Juge d'une cour supérieure compétente de la province où l'affaire prend naissance ou juge de la Cour fédérale.

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour

communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Offences and punishment

238 (1) Every person who has failed to file or make a return as and when required by or under this Act or a regulation or who has failed to comply with subsection 116(3), 127(3.1) or (3.2), 147.1(7) or 153(1), any of sections 230 to 232, 244.7 and 267 or a regulation made under subsection 147.1(18) or with an order made under subsection (2) is guilty of an offence and, in addition to any penalty otherwise provided, is liable on summary conviction to

(a) a fine of not less than $1,000 and not more than $25,000; or

(b) both the fine described in paragraph 238(1)(a) and imprisonment for a term not exceeding 12 months.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa and Montréal.

Solicitors for the respondent Chambre des notaires du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the respondent Barreau du Québec: Shadley Battista Costom, Montréal.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto.

supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

Infractions et peines

238 (1) Toute personne qui omet de produire, de présenter ou de remplir une déclaration de la manière et dans le délai prévus par la présente loi ou par une disposition réglementaire, qui contrevient aux paragraphes 116(3), 127(3.1) ou (3.2), 147.1(7) ou 153(1), à l'un des articles 230 à 232, 244.7 et 267 ou à une disposition réglementaire prise en vertu du paragraphe 147.1(18) ou qui contrevient à une ordonnance rendue en application du paragraphe (2) commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et outre toute pénalité prévue par ailleurs :

a) soit une amende de 1 000 $ à 25 000 $;

b) soit une telle amende et un emprisonnement maximal de 12 mois.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa et Montréal.

Procureurs de l'intimée la Chambre des notaires du Québec : Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Barreau du Québec : Shadley Battista Costom, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto.

Minister of National Revenue *Appellant*

v.

Duncan Thompson *Respondent*

and

Federation of Law Societies of Canada, Canadian Bar Association and Criminal Lawyers' Association *Interveners*

Indexed as: Canada (National Revenue) *v.* Thompson

2016 SCC 21

File No.: 35590.

2014: December 4; 2016: June 3.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,* Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Enforcement — Solicitor-client privilege — Statutory requirement to provide documents or information for purposes of audit and enforcement — Lawyer refusing to comply with request for details about his accounts receivable claiming solicitor-client privilege — Whether definition of "solicitor-client privilege" in Income Tax Act was intended to exclude lawyer's accounting records — Whether Federal Court of Appeal acted appropriately in sending taxpayer's case back to Federal Court — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) "solicitor-client privilege".

The Canada Revenue Agency ("CRA") sent T a requirement pursuant to s. 231.2(1) of the *Income Tax Act* ("*ITA*"), requesting various documents pertaining to his personal finances as well as his current accounts receivable listing. T provided the CRA with certain material but claimed solicitor-client privilege in further details of his accounts receivable, such as the names of his clients.

* Rothstein J. took no part in the judgment.

Ministre du Revenu national *Appelant*

c.

Duncan Thompson *Intimé*

et

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Association du Barreau canadien et Criminal Lawyers' Association *Intervenantes*

Répertorié : Canada (Revenu national) *c.* Thompson

2016 CSC 21

N° du greffe : 35590.

2014 : 4 décembre; 2016 : 3 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein*, Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Exécution — Secret professionnel de l'avocat — Obligation légale de communiquer des documents ou des renseignements aux fins de vérification ou d'exécution — Secret professionnel invoqué par un avocat pour refuser d'obtempérer à une demande de précisions sur ses comptes clients — Le législateur a-t-il voulu que, dans la Loi de l'impôt sur le revenu, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » exclue les relevés comptables de l'avocat? — La Cour d'appel fédérale a-t-elle eu raison de renvoyer le dossier du contribuable à la Cour fédérale? — Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2(1), 231.7(1), 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».

L'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a fait parvenir à T, en application du par. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *LIR* »), une demande péremptoire exigeant la communication de divers documents relatifs à ses finances personnelles, ainsi que la liste à jour de ses comptes clients. T a communiqué certains documents à l'ARC, mais a fait valoir que toute autre précision sur ses

* Le juge Rothstein n'a pas participé au jugement.

The Minister of National Revenue applied to the Federal Court for a compliance order pursuant to s. 231.7 *ITA*. T objected and asked the Federal Court to rule on whether s. 231.2(1) *ITA* may be interpreted and applied in a manner that abrogates solicitor-client privilege. In addition, T claimed that the requirement issued by the CRA constituted an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The Federal Court judge disagreed that client names can be shielded from disclosure to the Minister on the basis of solicitor-client privilege. Nor did he find a breach of s. 8 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal held that, in some rare circumstances, the records sought may contain privileged information. The clients whose names were in fact privileged would be owed the opportunity to assert and defend this privilege, and T should be given the opportunity to assert the privilege on their behalf. The Federal Court of Appeal therefore sent the matter back to the Federal Court. Moreover, it dismissed T's *Charter* challenge. The sole issue raised by the Minister's appeal before this Court is the statutory interpretation of the purported exclusion of lawyers' accounting records from the protection of "solicitor-client privilege", as that term is defined in s. 232(1) *ITA*.

Held: The appeal should be allowed solely to set aside the Federal Court of Appeal's disposition. The Minister's application for a compliance order is dismissed.

Solicitor-client privilege has evolved from being treated as a mere evidentiary rule to being considered a rule of substance and, now, a principle of fundamental justice. An intrusion on solicitor-client privilege must be permitted only if doing so is absolutely necessary to achieve the ends of the enabling legislation. This Court has rejected a category-based approach to solicitor-client privilege that distinguishes between a fact and a communication. In this case, absent proof to the contrary, all of the information sought is *prima facie* privileged.

According to *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, it is only where legislative language evinces a clear intent to abrogate solicitor-client privilege that a court may find that the statutory provision in question actually does so. The definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is unequivocal, based on the express language of the provision, its legislative history

comptes clients, tels les noms de ses clients, était protégée par le secret professionnel de l'avocat. Le ministre du Revenu national a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance en vertu de l'art. 231.7 de la *LIR*. T a contesté la démarche et demandé à la Cour fédérale de décider si le par. 231.2(1) de la *LIR* peut être interprété et appliqué de façon à supprimer le secret professionnel de l'avocat. T a soutenu en outre que la demande péremptoire de l'ARC contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel interdit les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

Le juge de la Cour fédérale n'a pas convenu que les noms des clients pouvaient, sur le fondement du secret professionnel de l'avocat, être soustraits à la communication au Ministre. Il n'a pas non plus conclu au non-respect de l'art. 8 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a estimé que, dans certains cas rarissimes, les documents visés pouvaient renfermer des renseignements privilégiés. Le client dont l'identité est de fait protégée a le droit d'invoquer et de défendre ce privilège, et T devrait avoir la possibilité de l'invoquer pour le compte de son client. La Cour d'appel fédérale a donc renvoyé l'affaire à la Cour fédérale. Elle a par ailleurs rejeté la contestation de T fondée sur la *Charte.* La seule question que soulève le pourvoi du Ministre devant la Cour est celle de l'interprétation de l'exception que prévoit à l'égard des relevés comptables de l'avocat la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) de la *LIR*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli, mais seulement pour infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale. La demande d'ordonnance du Ministre est rejetée.

Le secret professionnel de l'avocat a évolué, passant d'abord d'une simple règle de preuve à une règle de fond puis, aujourd'hui, à un principe de justice fondamentale. L'atteinte au secret professionnel de l'avocat n'est permise que si elle est absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante. La Cour a écarté l'interprétation du secret professionnel de l'avocat qui s'appuie sur la distinction entre le fait et la communication pour déterminer l'objet de la protection. Sauf preuve contraire, toute l'information demandée en l'espèce est à première vue privilégiée.

Suivant l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. La définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR*

and the purpose of the broader scheme into which it is incorporated. Parliament's intent to define this privilege so as to exclude a lawyer's accounting records from its protection could hardly be clearer.

However, Parliament's intent and its ability, in constitutional terms, to define solicitor-client privilege in a particular way are not necessarily equivalent. In light of the Court's conclusion in *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, that the purported exception in s. 232(1) and the *ITA*'s requirement scheme, insofar as it applies to lawyers and notaries, are constitutionally invalid, the request made to T under that scheme is now foreclosed. It is therefore unnecessary to return the matter to the Federal Court.

It should be added that while the Federal Court of Appeal acted appropriately in sending T's case back to the Federal Court, the order would have been insufficient to safeguard the rights of T's clients. Solicitor-client privilege is a right that belongs to, and can only be waived by, a client. It is the client and not the lawyer who must be given an opportunity to assert the privilege, and a court must act to facilitate the client's ability to do so.

Cases Cited

Distinguished: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574; **applied:** *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; **referred to:** *Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1, leave to appeal refused, [1965] S.C.R. 84; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1

est non équivoque compte tenu du libellé exprès de la disposition, de l'historique de celle-ci et de l'objet du régime général dans lequel elle s'insère. Il ne saurait être plus manifeste que l'intention du législateur était de définir ce privilège de façon à soustraire à sa protection le relevé comptable de l'avocat.

Or, l'intention du législateur de définir le privilège des communications entre client et avocat d'une certaine façon et son pouvoir de le faire sur le plan constitutionnel ne coïncident pas nécessairement. Puisque, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, la Cour conclut à l'inconstitutionnalité de l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1), ainsi que du régime des demandes péremptoires de la *LIR* dans la mesure où il s'applique aux avocats et aux notaires, la demande adressée à T suivant ce régime est désormais sans objet. Il est donc inutile de renvoyer le dossier à la Cour fédérale.

Il convient d'ajouter que même si la Cour d'appel fédérale a eu raison de renvoyer le dossier de T à la Cour fédérale, son ordonnance n'aurait pas suffi à protéger les droits des clients de T. Le secret professionnel de l'avocat est un droit qui appartient au client et auquel seul ce dernier peut renoncer. C'est au client, non à l'avocat, qu'il faut permettre de faire valoir le privilège, et le tribunal doit faciliter la démarche du client en ce sens.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; **arrêt appliqué :** *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; **arrêts mentionnés :** *Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1, autorisation de pourvoi refusée, [1965] R.C.S. 84; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu*

S.C.R. 831; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Income Tax Act, S.C. 1956, c. 39, s. 28.
Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act, S.C. 1965, c. 18, s. 26.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 126A(1), (*e*) "solicitor-client privilege", (5)(*b*).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 231.2, 231.7, 232(1) "solicitor-client privilege".
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 12 [am. 2010, c. 23, s. 83], 12.1 [ad. *idem*].

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 26th Parl., June 25, 1965, p. 2875.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, Trudel and Mainville JJ.A.), 2013 FCA 197, 448 N.R. 339, 366 D.L.R. (4th) 169, 2013 DTC 5146, [2013] F.C.J. No. 939 (QL), 2013 CarswellNat 3092 (WL Can.), setting aside in part an order of the Federal Court, No. T-1180-12, October 31, 2012, and ordering a new hearing. Appeal allowed.

Christopher Rupar and *Daniel Bourgeois*, for the appellant.

Michael A. Feder and *Emily MacKinnon*, for the respondent.

John B. Laskin and *Yael S. Bienenstock*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

national), 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 231.2, 231.7, 232(1) « privilège des communications entre client et avocat ».
Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, c. 148, art. 126A(1), *e*) « privilège de client à procureur », (5)*b*).
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28.
Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces, S.C. 1965, c. 18, art. 26.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, c. 5, art. 12 [mod. 2010, c. 23, art. 83], 12.1 [aj. *idem*].

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 26e lég., 25 juin 1965, p. 2875.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Trudel et Mainville), 2013 CAF 197, 448 N.R. 339, 366 D.L.R. (4th) 169, 2013 DTC 5146, [2013] F.C.J. No. 939 (QL), 2013 CarswellNat 6948 (WL Can.), qui a infirmé en partie une ordonnance de la Cour fédérale, no T-1180-12, 31 octobre 2012, et ordonné la tenue d'une nouvelle audience. Pourvoi accueilli.

Christopher Rupar et *Daniel Bourgeois*, pour l'appelant.

Michael A. Feder et *Emily MacKinnon*, pour l'intimé.

John B. Laskin et *Yael S. Bienenstock*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Mahmud Jamal, *Pooja Mihailovich (née Samtani)* and *W. David Rankin*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Michal Fairburn and *Carlo Di Carlo*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

The judgment of the Court was delivered by

WAGNER AND GASCON JJ. —

I. Overview

[1] In the course of an audit and an enforcement action pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), the Canada Revenue Agency ("CRA") has broad powers to require individuals to provide the appellant, the Minister of National Revenue ("Minister"), with information and documents relating to a particular taxpayer. Information that is protected by solicitor-client privilege is normally exempt from disclosure. For the purposes of the *ITA*, however, the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) expressly excludes "an accounting record of a lawyer". The Minister argues that this specific exclusion exempts a lawyer's accounting records from the protection of solicitor-client privilege and means that the lawyer can be compelled to disclose them. The Minister has taken action against the respondent, Duncan Thompson, to obtain accounting records relating to his law practice. Mr. Thompson argues that the records in question are privileged.

[2] The Federal Court concluded that the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* validly abrogates the privilege in respect of Mr. Thompson's accounting records, and ordered him to comply with the Minister's request. The Federal Court of Appeal disagreed, finding that, s. 232(1) notwithstanding, solicitor-client privilege can attach to individual documents and to client names contained in those documents. It therefore

Mahmud Jamal, *Pooja Mihailovich (née Samtani)* et *W. David Rankin*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Michal Fairburn et *Carlo Di Carlo*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES WAGNER ET GASCON —

I. Aperçu

[1] Dans le cadre d'une mesure de vérification et d'exécution entreprise en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») est investie de vastes pouvoirs qui lui permettent de contraindre une personne à communiquer à l'appelant, le ministre du Revenu national (« Ministre »), des renseignements et des documents relatifs à un contribuable. Normalement, les renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat n'ont pas à être communiqués. Toutefois, pour les besoins de la *LIR*, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) exclut expressément son application au « relevé comptable d'un avocat ». Selon le Ministre, cette exclusion explicite soustrait le relevé comptable à la protection du secret professionnel de l'avocat, si bien que l'avocat peut être contraint de le communiquer. En l'espèce, le Ministre a pris des mesures afin d'obtenir de l'intimé, Duncan Thompson, des relevés comptables relatifs à l'exercice de sa profession d'avocat. M. Thompson soutient que ces relevés sont protégés par le secret professionnel.

[2] La Cour fédérale a conclu que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) de la *LIR* supprime bel et bien le privilège à l'égard des relevés comptables de M. Thompson. Elle a donc ordonné à ce dernier d'acquiescer à la demande du Ministre. La Cour d'appel fédérale s'est dite d'un avis différent et a reconnu que, malgré le par. 232(1), certains documents et les noms de clients qui y figurent peuvent

sent the matter back to the Federal Court to have it determine whether that was actually so in this case.

[3] In our view, Parliament's intention to exclude "an accounting record of a lawyer" from the scope of solicitor-client privilege in s. 232(1) is clear and unequivocal. The language used in the exception, the legislative history of the definition and the context of the scheme in which this exception appears lead us to conclude that Parliament's goal in defining "solicitor-client privilege" as it did in the *ITA* was to permit the disclosure of otherwise confidential information to the Minister. At first glance, therefore, Mr. Thompson cannot refuse to disclose his accounting records on the basis that the information contained in them might be privileged.

[4] However, in the companion appeal to this case, *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, we conclude that this exception is constitutionally invalid because it violates s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Minister's request for Mr. Thompson's documents is consequently now foreclosed. In the end, we would allow this appeal solely to set aside the Federal Court of Appeal's disposition. Given the circumstances, we would dismiss the Minister's application.

II. Facts

[5] Mr. Thompson is a lawyer from a small Alberta town against whom the Minister took enforcement action under the *ITA*.

[6] The *ITA*'s scheme for tax collection depends primarily on taxpayers accurately assessing and reporting their own tax liabilities. To permit the Minister to verify the accuracy of tax returns and take collection action, the *ITA* grants the CRA fairly broad powers to require a person — whether

être protégés par le secret professionnel de l'avocat. Elle a en conséquence renvoyé l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle décide si tel est le cas en l'espèce.

[3] Nous sommes d'avis que, au par. 232(1), l'intention du législateur de soustraire le « relevé comptable d'un avocat » à la protection du secret professionnel est claire et non équivoque. La formulation de l'exception, l'historique législatif de la définition et le contexte du régime dans lequel s'inscrit cette exception nous amènent à conclure que le législateur, en définissant le « privilège des communications entre client et avocat » comme il le fait dans la *LIR*, entend permettre la communication au Ministre de renseignements par ailleurs confidentiels. De prime abord, M. Thompson ne peut donc pas refuser de communiquer ses relevés comptables en invoquant la possibilité que les renseignements qu'ils renferment soient protégés par le secret professionnel.

[4] Dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, nous concluons toutefois que cette exception est inconstitutionnelle, car elle contrevient à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La demande du Ministre adressée à M. Thompson en vue d'obtenir des documents est dès lors sans objet. Au final, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi uniquement pour infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et, dans les circonstances, de rejeter la demande du Ministre.

II. Les faits

[5] M. Thompson exerce la profession d'avocat dans une petite ville de l'Alberta. Il a fait l'objet d'une mesure d'exécution prise par le Ministre en vertu de la *LIR*.

[6] Le régime de perception fiscale établi par la *LIR* dépend essentiellement de l'exactitude avec laquelle les contribuables déclarent leurs revenus et déterminent l'impôt qu'ils doivent au fisc. Afin que le Ministre puisse s'assurer de cette exactitude et prendre des mesures de perception, la *LIR* confère à

someone who is being audited or against whom enforcement action is being taken, or a third party to an audit of or an enforcement action against another taxpayer — to provide the Minister with "any information or additional information, including a return of income or a supplementary return", or "any document" that the Minister deems necessary to achieve the purposes of the *ITA* (s. 231.2(1)). The range of documents and information that the CRA can demand is very broad.

[7] The details of the scheme under which the CRA may request such information from taxpayers and third parties are laid out in ss. 231.2 and 231.7 *ITA*. We provide a more thorough description of the procedure by which the CRA can demand disclosure by sending a person a "requirement to provide documents or information" in our reasons in *Chambre des notaires*. In the instant case, we will focus on the requirement scheme as a whole and how it accounts for documents and information that are protected by solicitor-client privilege.

[8] When the CRA sends a requirement to a taxpayer or a third party in order to obtain the disclosure of documents and the recipient of the requirement does not comply with it, the Minister may, by way of a summary procedure established in s. 231.7(1) *ITA*, apply to a judge of the Federal Court for an order that the recipient provide the documents in question. Section 231.7(1)(b) specifies that the judge may make such an order only if he or she is satisfied that "the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1))".

[9] Section 232(1) *ITA* is a general definition provision that states:

232 (1) In this section,

. . .

l'ARC des pouvoirs assez étendus pour contraindre une personne, qu'il s'agisse de celle qui fait l'objet d'une vérification ou d'une mesure d'exécution, ou d'un tiers, à communiquer au Ministre « tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire », ou à produire « des documents » que le Ministre juge nécessaires pour atteindre les objectifs de la *LIR* (par. 231.2(1)). La gamme des documents et des renseignements dont l'ARC peut exiger la communication est très vaste.

[7] Le détail du régime en vertu duquel l'ARC peut demander de tels renseignements à un contribuable ou à un tiers figure aux art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*. Dans le pourvoi connexe *Chambre des notaires*, nous décrivons de manière exhaustive la procédure qui permet à l'ARC d'obtenir des renseignements ou des documents d'une personne par l'envoi d'une demande péremptoire de communication. Dans le présent arrêt, nous nous en tenons au régime général des demandes péremptoires et au sort qu'il réserve aux documents et aux renseignements qui sont protégés par le secret professionnel de l'avocat.

[8] Suivant le par. 231.7(1) de la *LIR*, lorsqu'un contribuable ou un tiers n'obtempère pas à une demande péremptoire de communication de documents que l'ARC lui a transmise, le Ministre peut, par procédure sommaire, demander à un juge de la Cour fédérale de lui ordonner de communiquer les documents en cause. L'alinéa 231.7(1)b) précise que le juge ne peut rendre une telle ordonnance que s'il est convaincu que, « s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard ».

[9] Le paragraphe 232(1) de la *LIR* dispose :

232 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

. . .

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication.

Thus, where the Minister applies for a compliance order under s. 231.7(1), the party against whom the order is sought must prove to the judge hearing the application that the requested documents fall within this definition of "solicitor-client privilege" in order to have them exempted from disclosure.

[10] In the course of its enforcement action against Mr. Thompson, the CRA sent him a requirement pursuant to s. 231.2(1) *ITA*, requesting various documents pertaining to his personal finances as well as his current accounts receivable listing. Mr. Thompson provided the CRA with certain material, but the CRA determined that he had complied with the requirement only in part, particularly given that he had provided no details about his accounts receivable aside from a general indication of the balance owing. Mr. Thompson claimed that further details with respect to his accounts receivable, such as the names of his clients, were protected by solicitor-client privilege and were therefore exempt from disclosure.

[11] The Minister applied to the Federal Court for a compliance order pursuant to s. 231.7 *ITA*. Mr. Thompson objected to the issuance of this order in regard to his accounts receivable, reiterating that the information being sought was protected by solicitor-client privilege. Mr. Thompson filed a notice of constitutional question, asking the Federal Court to rule on whether the *ITA*, and in particular s. 231.2(1), may be interpreted and applied such that a lawyer on whom the CRA has served a requirement must divulge privileged information about his or her clients. It was Mr. Thompson's position that the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) could not be interpreted as abrogating this privilege in relation to a particular

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature.

En conséquence, lorsque le Ministre sollicite une ordonnance en application du par. 231.7(1), la personne visée doit, afin de soustraire les documents en cause à la communication, prouver au juge saisi de la demande qu'ils sont protégés par le « privilège des communications entre client et avocat » ainsi défini.

[10] Dans le cadre de la mesure d'exécution qu'elle a prise contre M. Thompson, l'ARC a fait parvenir au contribuable, en application du par. 231.2(1) de la *LIR*, une demande péremptoire exigeant la communication de divers documents relatifs à ses finances personnelles, ainsi que la liste à jour de ses comptes clients. M. Thompson a communiqué certains documents, mais l'ARC a estimé qu'il n'obtempérait que partiellement à la demande péremptoire et, surtout, qu'il ne donnait aucune précision sur ses comptes clients, si ce n'est une indication générale du solde dû. M. Thompson a fait valoir que toute autre précision sur ses comptes clients, tels les noms de ses clients, était protégée par le secret professionnel de l'avocat et donc soustraite à la communication.

[11] Le Ministre a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance en vertu de l'art. 231.7 de la *LIR*. M. Thompson a contesté cette demande à l'égard de ses comptes clients en invoquant encore une fois le secret professionnel de l'avocat. Il a déposé un avis de question constitutionnelle demandant à la Cour fédérale de se prononcer sur la question de savoir si la *LIR* — en particulier son par. 231.2(1) — peut être interprétée et appliquée de façon à contraindre l'avocat auquel l'ARC signifie une demande péremptoire à communiquer des renseignements privilégiés sur ses clients. Il a fait valoir que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne peut être interprétée de manière à

class of documents, in this case that of a lawyer's accounting records. In addition, Mr. Thompson claimed that the requirement issued by the CRA constituted an unreasonable search or seizure contrary to s. 8 of the *Charter*.

III. Judicial History

A. *Federal Court (Russell J.)*

[12] Russell J. found that the law does not support a view that client names and financial information can be shielded from disclosure to the Minister on the basis of solicitor-client privilege (No. T-1180-12, October 31, 2012). He explained that the CRA was seeking not information as to the content of solicitor-client communications but, rather, financial records that set out Mr. Thompson's payables and receivables. Such records are included in the "accounting record[s]" that s. 232(1) *ITA* excludes from the application of solicitor-client privilege. Although client names contained within them might be privileged in certain situations, Mr. Thompson had failed to establish that this was actually the case for any of the documents being sought such that the client names in question had to be excluded from disclosure. Nor had he established a breach of s. 8 of the *Charter*.

B. *Federal Court of Appeal (Pelletier, Trudel and Mainville JJ.A.)*

[13] The Federal Court of Appeal allowed Mr. Thompson's appeal in part (2013 FCA 197, 448 N.R. 339). It held that although accounting records generally constitute evidence of a transaction or an act rather than a privileged communication and are therefore not normally capable of revealing the history of a file, there may be rare circumstances in which such records do contain privileged information, possibly with respect to clients' names. Where that is the case, it will be incumbent on the court asked to grant the Minister a compliance order under s. 231.7 *ITA* to verify the records in question before ordering an individual to disclose any information.

supprimer ce privilège pour une catégorie de documents en particulier, en l'occurrence les « relevé[s] comptable[s] d'un avocat ». Il a soutenu en outre que la demande péremptoire de l'ARC contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, lequel interdit les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

III. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale (le juge Russell)*

[12] Le juge Russell a conclu que la loi n'étaye pas la thèse selon laquelle on peut, sur le fondement du secret professionnel de l'avocat, soustraire à la communication au Ministre les noms des clients et les données financières se rapportant à ces derniers (nº T-1180-12, 31 octobre 2012). Il a expliqué que l'objectif de l'ARC n'était pas de connaître la teneur des communications entre l'avocat et ses clients, mais d'obtenir les documents financiers portant sur les comptes fournisseurs et les comptes clients de M. Thompson. Or, chacun de ces documents constitue un « relevé comptable » à l'égard duquel le par. 232(1) de la *LIR* exclut l'application du privilège des communications entre client et avocat. Bien que les noms de clients que renferment ces documents puissent être privilégiés dans certaines situations, M. Thompson n'a pas établi que c'était effectivement le cas et qu'ils devaient être soustraits à la communication. Il n'a pas non plus établi une contravention à l'art. 8 de la *Charte*.

B. *Cour d'appel fédérale (les juges Pelletier, Trudel et Mainville)*

[13] La Cour d'appel fédérale a accueilli en partie l'appel de M. Thompson (2013 CAF 197, 448 N.R. 339). Selon elle, même si un relevé comptable constitue généralement la preuve d'une opération ou d'un acte, plutôt que d'une communication privilégiée, et n'est donc pas normalement susceptible de révéler l'historique d'un dossier, dans de rares cas, un tel document peut renfermer des renseignements privilégiés, notamment sur l'identité de clients. En pareil cas, il incombe au tribunal saisi de la demande d'ordonnance fondée sur l'art. 231.7 de la *LIR* d'examiner les documents en cause avant d'ordonner à quiconque de communiquer des renseignements.

[14] The Federal Court of Appeal held that although the Federal Court judge had been right to conclude that there is no blanket privilege applicable to all accounting records, he had failed to consider whether solicitor-client privilege might apply to any individual client names in the accounts receivable listing. If that were the case, the clients whose names were in fact privileged would be owed the opportunity to assert and defend this privilege, and Mr. Thompson should be given the opportunity to assert the privilege on their behalf at the hearing for a compliance order. The Federal Court of Appeal consequently sent the matter back to the Federal Court for a new hearing to establish whether any client names in Mr. Thompson's accounts receivable listing were protected by solicitor-client privilege. Moreover, it dismissed Mr. Thompson's *Charter* arguments on the basis that there was no breach of s. 8, given that a class privilege does not attach to accounting records and client names.

IV. Issues

[15] The Minister sought leave to appeal the Federal Court of Appeal's decision to this Court. The Minister did not raise the s. 8 *Charter* issue as a ground of appeal, but focused solely on the proper interpretation of s. 232(1) *ITA*. Mr. Thompson filed a motion to state a constitutional question, but the motion was dismissed. Accordingly, the constitutional argument that had been raised by Mr. Thompson did not constitute a ground of appeal in this Court, and the constitutional validity of ss. 231.2, 231.7 and 232(1) *ITA* is addressed only in the companion appeal, *Chambre des notaires*. The sole issue raised in this appeal is the statutory interpretation of the purported exclusion of lawyers' accounting records from the protection of "solicitor-client privilege", as that term is defined in s. 232(1).

V. Analysis

A. *Solicitor-Client Privilege*

[16] Given that this appeal turns on the interpretation of a statutory provision purporting to define

[14] La Cour d'appel fédérale a décidé que même si le juge de la Cour fédérale conclut à raison que tout relevé comptable ne bénéficie pas de l'exception, il omet par contre de se demander si le secret professionnel de l'avocat peut protéger les noms de clients individuels qui figurent sur la liste des comptes clients. Si tel est le cas, le client dont l'identité est protégée a le droit d'invoquer et de défendre ce privilège et M. Thompson devrait avoir la possibilité de l'invoquer pour le compte de son client à l'audition de la demande d'ordonnance. La Cour d'appel fédérale renvoie donc l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle tienne une nouvelle audience afin d'établir si certains noms figurant dans la liste des comptes clients de M. Thompson sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat. Elle rejette par ailleurs la thèse de M. Thompson fondée sur la *Charte* et conclut à l'inexistence d'une contravention à l'art. 8 puisque nul privilège générique ne s'applique aux relevés comptables et aux noms de clients.

IV. Les questions en litige

[15] Le Ministre a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. Il n'a pas invoqué l'art. 8 de la *Charte* comme motif d'appel, s'en tenant plutôt à la juste interprétation du par. 232(1) de la *LIR*. M. Thompson a demandé la formulation d'une question constitutionnelle, mais sa requête a été rejetée. Son argument constitutionnel ne constitue donc pas un motif d'appel devant notre Cour, de sorte que seul le pourvoi connexe, *Chambre des notaires*, porte sur la constitutionnalité des art. 231.2 et 231.7 de la *LIR*, et de son par. 232(1). Le litige ne porte en l'espèce que sur l'interprétation de l'exception que prévoit à l'égard des relevés comptables de l'avocat la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1).

V. Analyse

A. *Le secret professionnel de l'avocat*

[16] Puisque nous devons décider de l'interprétation d'une disposition législative qui définit le

solicitor-client privilege in a particular manner for the purposes of the *ITA*, it will be important to make some preliminary remarks about the nature of this privilege as developed by the courts.

[17] Solicitor-client privilege has evolved from being treated as a mere evidentiary rule to being considered a rule of substance and, now, a principle of fundamental justice (*Foster Wheeler Power Co. v. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 SCC 18, [2004] 1 S.C.R. 456, at para. 34; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 49; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at para. 11; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875; *Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada*, 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401, at paras. 8 and 84). The obligation of confidentiality that springs from the right to solicitor-client privilege is necessary for the preservation of a lawyer-client relationship that is based on trust, which in turn is

> indispensable to the continued existence and effective operation of Canada's legal system. It ensures that clients are represented effectively and that the legal information required for that purpose can be communicated in a full and frank manner (*R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289 . . .).

(*Foster Wheeler*, at para. 34)

[18] In *Descôteaux*, one of the earliest cases in which this Court acknowledged that solicitor-client privilege involves a substantive right, Lamer J., as he then was, elaborated on the various aspects of the privilege as follows:

> 1. The confidentiality of communications between solicitor and client may be raised in any circumstances where such communications are likely to be disclosed without the client's consent.
>
> 2. Unless the law provides otherwise, when and to the extent that the legitimate exercise of a right would interfere with another person's right to have his

secret professionnel de l'avocat d'une certaine manière pour l'application de la *LIR*, quelques remarques préliminaires s'imposent sur la nature de ce privilège, compte tenu de l'évolution de la jurisprudence.

[17] Le secret professionnel de l'avocat a évolué, passant d'abord d'une simple règle de preuve à une règle de fond puis, aujourd'hui, à un principe de justice fondamentale (*Société d'énergie Foster Wheeler ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) inc.*, 2004 CSC 18, [2004] 1 R.C.S. 456, par. 34; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 49; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, par. 11; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 839; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, p. 875; *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, par. 8 et 84). L'obligation de confidentialité qui découle du droit au secret professionnel de l'avocat est nécessaire à la préservation d'une relation avocat-client fondée sur la confiance, laquelle est à son tour

> indispensable à la vie et au bon fonctionnement du système juridique canadien. Elle assure la représentation effective des clients et la communication franche et complète de l'information juridique nécessaire à ceux-ci (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289 . . .).

(*Foster Wheeler*, par. 34)

[18] Dans *Descôteaux*, l'un des premiers arrêts dans lesquels notre Cour reconnaît que le secret professionnel de l'avocat participe d'une règle de fond, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) précise ce qui suit sur ses divers aspects :

> 1. La confidentialité des communications entre client et avocat peut être soulevée en toutes circonstances où ces communications seraient susceptibles d'être dévoilées sans le consentement du client.
>
> 2. À moins que la loi n'en dispose autrement, lorsque et dans la mesure où l'exercice légitime d'un droit porterait atteinte au droit d'un autre à la confidentialité

communications with his lawyer kept confidential, the resulting conflict should be resolved in favour of protecting the confidentiality.

3. When the law gives someone the authority to do something which, in the circumstances of the case, might interfere with that confidentiality, the decision to do so and the choice of means of exercising that authority should be determined with a view to not interfering with it except to the extent absolutely necessary in order to achieve the ends sought by the enabling legislation.

4. Acts providing otherwise in situations under paragraph 2 and enabling legislation referred to in paragraph 3 must be interpreted restrictively. [p. 875]

The third and fourth elements of this substantive rule have together been interpreted to support the proposition that an intrusion on solicitor-client privilege must be permitted only if doing so is absolutely necessary to achieve the ends of the enabling legislation (*Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, 2006 SCC 31, [2006] 2 S.C.R. 32, at para. 24).

[19] Although *Descôteaux* appears to limit the protection of the privilege to communications between lawyers and their clients, this Court has since rejected a category-based approach to solicitor-client privilege that distinguishes between a fact and a communication for the purpose of establishing what is covered by the privilege (*Maranda*, at para. 30). While it is true that not everything that happens in a solicitor-client relationship will be a privileged communication, facts connected with that relationship (such as the bills of account at issue in *Maranda*) must be presumed to be privileged absent evidence to the contrary (*Maranda*, at paras. 33-34; see also *Foster Wheeler*, at para. 42). This rule applies regardless of the context in which it is invoked (*Foster Wheeler*, at para. 34; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289).

[20] In the case at bar, therefore, we cannot conclude at the outset that Mr. Thompson's communications with his clients are distinct from financial records that disclose various facts about their relationships in order to determine whether

de ses communications avec son avocat, le conflit qui en résulte doit être résolu en faveur de la protection de la confidentialité.

3. Lorsque la loi confère à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose qui, eu égard aux circonstances propres à l'espèce, pourrait avoir pour effet de porter atteinte à cette confidentialité, la décision de le faire et le choix des modalités d'exercice de ce pouvoir doivent être déterminés en regard d'un souci de n'y porter atteinte que dans la mesure absolument nécessaire à la réalisation des fins recherchées par la loi habilitante.

4. La loi qui en disposerait autrement dans les cas du deuxième paragraphe ainsi que la loi habilitante du paragraphe trois doivent être interprétées restrictivement. [p. 875]

Suivant l'interprétation des troisième et quatrième éléments de cette règle de fond considérés ensemble, l'atteinte au secret professionnel de l'avocat n'est permise que si elle est absolument nécessaire à la réalisation des objectifs de la loi habilitante (*Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, 2006 CSC 31, [2006] 2 R.C.S. 32, par. 24).

[19] Même si, dans l'arrêt *Descôteaux*, elle paraît limiter l'application du privilège aux communications entre l'avocat et son client, la Cour écarte désormais l'interprétation du secret professionnel de l'avocat qui se fonde sur la distinction entre le fait et la communication pour déterminer l'objet de la protection (*Maranda*, par. 30). Tous les éléments de la relation entre le client et l'avocat ne constituent pas des communications privilégiées, mais il faut présumer que, sauf preuve contraire, les faits liés à cette relation (tels les comptes d'honoraires en cause dans l'affaire *Maranda*) bénéficient de l'application du privilège (*Maranda*, par. 33-34; voir aussi *Foster Wheeler*, par. 42). Cette règle est applicable quel que soit le contexte dans lequel elle est invoquée (*Foster Wheeler*, par. 34; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289).

[20] En l'espèce, nous ne pouvons donc conclure d'emblée que les communications de M. Thompson avec ses clients sont distinctes des documents financiers qui révèlent divers aspects de leurs relations pour décider si le secret professionnel de l'avocat

solicitor-client privilege covers those facts. Absent proof to the contrary, all of this information is *prima facie* privileged, and therefore confidential.

[21] With these general principles in mind, we will now turn to the interpretation of the purported exception to "solicitor-client privilege" contained in the definition of that term in s. 232(1) *ITA*.

B. *Blood Tribe Criteria for Statutory Interpretation*

[22] The Minister contends that s. 232(1) *ITA*, particularly when read in conjunction with ss. 231.2 and 231.7, evinces a clear and unambiguous parliamentary intent to abrogate solicitor-client privilege over information found in "accounting record[s] of a lawyer". Mr. Thompson disputes this position. The parties' disagreement turns primarily on whether, as is required by this Court's decision in *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, an appropriately restrictive interpretation of the impugned definition can lead to the conclusion that the legislature intended to define solicitor-client privilege so as to exclude a class of documents from its protection.

[23] *Blood Tribe* was a case that involved statutory interpretation. The issue was whether s. 12 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 ("*PIPEDA*"), could be read so as to permit the Privacy Commissioner to have access, for the purpose of ensuring compliance with the *PIPEDA*, to information that would otherwise be protected by solicitor-client privilege. Section 12 (now s. 12.1) gave the Privacy Commissioner the authority to compel a person to produce any records the Commissioner considered necessary for the investigation of a complaint "in the same manner and to the same extent as a superior court of record", and "whether or not [they are] or would be admissible in a court of law". The Commissioner argued that this language should be read as permitting

s'applique ou non à ces faits. Sauf preuve contraire, toute cette information est à première vue privilégiée et donc confidentielle.

[21] Au vu de ces principes généraux, nous passons à l'interprétation de l'exception au « privilège des communications entre client et avocat » que prévoit la définition de ce terme au par. 232(1) de la *LIR*.

B. *Les critères d'interprétation législative issus de l'arrêt Blood Tribe*

[22] Le Ministre soutient que le par. 232(1) de la *LIR*, surtout lorsqu'il est considéré de pair avec les art. 231.2 et 231.7, traduit l'intention claire et non équivoque du législateur de supprimer le privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne l'information qui se trouve dans le « relevé comptable d'un avocat ». M. Thompson conteste cette thèse. Le désaccord des parties porte principalement sur la question de savoir si une interprétation suffisamment restrictive de la définition en cause, comme celle préconisée par la Cour dans l'arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, permet de conclure que le législateur entendait définir le privilège des communications entre client et avocat de manière à soustraire une catégorie de documents à sa protection.

[23] L'arrêt *Blood Tribe* porte sur l'interprétation d'une disposition législative. La question en litige était celle de savoir si l'art. 12 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5 (« *LPRPDE* »), peut être interprété de manière à permettre au Commissaire à la protection de la vie privée d'avoir accès à des renseignements qui sont par ailleurs protégés par le secret professionnel de l'avocat afin de veiller au respect de la *LPRPDE*. L'article 12 (aujourd'hui l'art. 12.1) attribue expressément au Commissaire le pouvoir d'obliger une personne à produire les documents qu'il juge nécessaires pour examiner une plainte dont il est saisi, « de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives », « indépendamment de leur admissibilité devant les

her to have access to documents which would otherwise be confidential by virtue of being privileged.

[24] Binnie J., writing for the Court, held that such an interpretation of s. 12 was untenable in light of the shift of solicitor-client privilege from being merely a rule of evidence to becoming one of substance (*Blood Tribe*, at para. 2). He explained that

> legislative language that may (if broadly construed) allow incursions on solicitor-client privilege must be interpreted restrictively. The privilege cannot be abrogated by inference. Open-textured language governing production of documents will be read not to include solicitor-client documents: *Lavallee*, at para. 18; *Pritchard*, at para. 33. This case falls squarely within that principle. [Emphasis deleted; para. 11.]

This conclusion aligned perfectly with the Court's earlier pronouncement in *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, that "[l]egislation purporting to limit or deny solicitor-client privilege will be interpreted restrictively" and that this privilege may not be abrogated by inference (para. 33).

[25] The parties therefore agree that it is only where legislative language evinces a clear intent to abrogate solicitor-client privilege in respect of specific information that a court may find that the statutory provision in question actually does so. Such an intent cannot simply be inferred from the nature of the statutory scheme or its legislative history, although these might provide supporting context where the language of the provision is already sufficiently clear. If the provision is not clear, however, it must not be found to be intended to strip solicitor-client privilege from communications or documents that this privilege would normally protect.

[26] In contrast to s. 12 of the *PIPEDA*, which did not explicitly grant the Privacy Commissioner the

tribunaux ». La Commissaire a soutenu qu'il fallait conclure de ce libellé qu'elle pouvait avoir accès à des documents qui sont par ailleurs confidentiels parce que privilégiés.

[24] Au nom de la Cour, le juge Binnie décide que l'art. 12 ne peut être interprété ainsi puisque le secret professionnel de l'avocat est passé d'une simple règle de preuve à une règle de fond (*Blood Tribe*, par. 2). Il rappelle que

> les dispositions législatives susceptibles (si elles sont interprétées de façon large) d'autoriser des atteintes au privilège du secret professionnel de l'avocat doivent être interprétées de manière restrictive. Le privilège ne peut être supprimé par inférence. On considérera ainsi qu'une disposition d'acception large régissant la production de documents ne vise pas les documents protégés par le secret professionnel de l'avocat : *Lavallee*, par. 18; *Pritchard*, par. 33. Ce principe s'applique parfaitement à la présente affaire. [Italique omis; par. 11.]

Cette conclusion cadre parfaitement avec l'arrêt antérieur *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, dans lequel la Cour conclut qu'« [u]n texte législatif visant à limiter ou à écarter l'application du privilège avocat-client sera interprété restrictivement » et que ce privilège ne peut être supprimé par inférence (par. 33).

[25] Les deux parties reconnaissent donc qu'un tribunal ne peut conclure du libellé d'une disposition législative que le secret professionnel de l'avocat est supprimé à l'égard de certains renseignements que si ce libellé révèle l'intention claire du législateur d'arriver à ce résultat. Une telle intention ne peut simplement être inférée de la nature du régime législatif ou de son historique, bien que ceux-ci puissent offrir un contexte à l'appui lorsque le texte de la disposition est déjà suffisamment clair. Cependant, lorsque la disposition n'est pas claire, il ne faut pas considérer qu'elle vise à soustraire à la protection du secret professionnel de l'avocat des communications ou des documents qui en bénéficieraient normalement.

[26] À la différence de l'art. 12 de la *LPRPDE*, qui ne conférait pas explicitement au Commissaire

power to obtain and review documents in respect of which solicitor-client privilege was claimed, the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is unequivocal. It lays out what is protected when the privilege is invoked to oppose a compliance order under s. 231.7. The definition includes the words "except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be . . . a communication" covered by solicitor-client privilege, which means that accounting records are explicitly excluded from the scope of the privilege for the purpose of the *ITA*.

[27] Consequently, once a court has determined that a document over which solicitor-client privilege is being asserted is an accounting record of a lawyer, s. 232(1) is clearly intended to bypass the traditional protection associated with solicitor-client privilege, which means that the document can then be seized and inspected by the Minister. We will disregard for now the issue of whether this definition of the privilege corresponds to the broader scope of the right that has been established in the jurisprudence since s. 232(1) (then s. 126A(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148) was amended in 1965 (*An Act to amend the Income Tax Act and the Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act*, S.C. 1965, c. 18, s. 26). Whether Parliament may define what is privileged generally, in light of the evolving and expanded understanding of this right, is a different question, to which we will return below.

[28] The legislative history of s. 232(1) lends further support to an interpretation to the effect that Parliament intended to exempt a lawyer's accounting records from the protection of solicitor-client privilege. Parliament introduced a general definition of "solicitor-client privilege" into the *ITA* by enacting s. 126A(1) (now s. 232(1)) in 1956 (*An Act to amend the Income Tax Act*, S.C. 1956, c. 39, s. 28). At that time, the definition was functionally

à la protection de la vie privée le pouvoir d'obtenir et d'examiner des documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat était revendiqué, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » qui figure au par. 232(1) de la *LIR* est non équivoque. Elle précise ce qui est protégé lorsque le privilège est invoqué à l'encontre d'une ordonnance prononcée selon l'art. 231.7. Elle emploie les mots « sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication » protégée par le privilège des communications entre client et avocat, si bien que le relevé comptable est explicitement soustrait à l'application du privilège pour les besoins de la *LIR*.

[27] En conséquence, dès le moment où le tribunal décide que le document à l'égard duquel le privilège est invoqué constitue un « relevé comptable d'un avocat », le par. 232(1) écarte clairement la protection habituellement conférée par le secret professionnel de l'avocat, de sorte que le document peut être saisi puis examiné par le Ministre. Nous nous abstenons pour le moment de décider si cette définition du privilège correspond ou non à l'interprétation généreuse de ce droit retenue par les tribunaux depuis la modification du par. 232(1) (qui correspondait alors au par. 126A(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148) en 1965 (*Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu et la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, S.C. 1965, c. 18, art. 26). Nous reviendrons sur la question distincte de savoir si, en raison de l'évolution de ce droit et de son importance accrue, le législateur peut définir l'objet du privilège de manière générale.

[28] L'historique législatif du par. 232(1) appuie par ailleurs l'interprétation qui reconnaît l'intention du législateur de soustraire le « relevé comptable de l'avocat » à la protection du privilège des communications entre client et avocat. En 1956, le législateur intégrait à la *LIR*, par l'adjonction du par. 126A(1) (aujourd'hui le par. 232(1)), une définition générale du « privilège des communications entre client et avocat » (*Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le*

the same as the one now found in s. 232(1), but without the accounting records exception:

(*e*) "solicitor-client privilege" means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between him and his lawyer in professional confidence.

[29] However, in the 1962 case *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1 ("*Brown*"), leave to appeal to this Court refused, [1965] S.C.R. 84, the British Columbia Supreme Court concluded that to the extent that trust account records and other accounting or bookkeeping records maintained by lawyers might contain privileged information, the Minister could not obtain them by means of an order made by a court under what was then s. 126A(5)(*b*) (pp. 5-7). Sullivan J. pointed out that "[i]f it were the intention of Parliament to make all records of a solicitor available to inspection by taxation people then it would be a simple matter to so provide by appropriate legislation" (p. 5).

[30] Not too long after that, in 1965, Parliament amended the definition of "solicitor-client privilege" to introduce the current exemption for accounting records. When asked to explain why the exemption was being added, the Minister of Finance stated: ". . . it became evident as a result of a court decision that the definition of solicitor-client privilege was deficient" (*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 26th Parl., June 25, 1965, at p. 2875). It is thus difficult to consider the intention behind this amendment to be anything other than to address the refusal in *Brown* to require the disclosure of privileged information by enacting an express legislative provision permitting such a disclosure.

[31] We would add that to find that s. 232(1) *ITA* is not indicative of a clear legislative intent to exempt certain documents from the protection of solicitor-client privilege would be to deprive the

revenu, S.C. 1956, c. 39, art. 28). À l'époque, cette définition était essentiellement la même que celle qui figure actuellement au par. 232(1), mais elle ne comportait pas l'exception relative au relevé comptable :

e) « privilège de client à procureur » désigne le droit, s'il en est, qu'une personne possède, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle.

[29] Toutefois, dans la décision *In re Income Tax Act*, [1963] C.T.C. 1 (« *Brown* »), rendue en 1962, autorisation de pourvoi refusée, [1965] R.C.S. 84, la Cour suprême de la Colombie-Britannique concluait que, dans la mesure où les registres comptables de l'avocat, y compris ceux de ses comptes en fidéicommis, sont susceptibles de renfermer des renseignements privilégiés, le Ministre ne pouvait solliciter du tribunal une ordonnance de communication en vertu de l'al. 126A(5)*b*) de l'époque (p. 5-7). Le juge Sullivan signalait d'ailleurs que [TRADUCTION] « si le législateur avait voulu permettre aux autorités fiscales d'examiner tous les documents d'un procureur, il lui aurait été facile de le faire expressément » (p. 5).

[30] Peu après, en 1965, le législateur modifiait la définition du « privilège de client à procureur » de manière à prévoir l'exception actuelle visant le relevé comptable. Invité à justifier cet ajout, le ministre des Finances a déclaré que « par suite du jugement par les tribunaux [*sic*], il était clair que la définition des privilèges de client à procureur laissait à désirer » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3e sess., 26e lég., 25 juin 1965, p. 2875). Il est donc difficile de voir dans cette modification autre chose que l'intention du législateur de pallier le refus du tribunal, dans *Brown*, d'ordonner la communication des renseignements privilégiés en cause, et ce, par l'adoption d'une disposition permettant expressément une telle communication.

[31] Il convient d'ajouter que le refus de voir dans le par. 232(1) de la *LIR* l'intention claire du législateur de soustraire certains documents à la protection du secret professionnel de l'avocat prive de toute

ITA's definition of this privilege of any functional meaning. The *ITA* creates a self-assessment system which "depends for its success upon the taxpayers' honesty and integrity in preparing their returns. While most taxpayers undoubtedly respect and comply with the system, the facts of life are that certain persons will attempt to take advantage of the system and avoid their full tax liability" (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 648). A system that enables the Minister to have access to books and records in relation to a taxpayer's personal and business affairs is thus crucial to the Minister's ability to verify the veracity of a taxpayer's return (*Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, at para. 20). Yet as the Minister points out, excluding some of these records from the Minister's scrutiny could enable lawyers and their clients to hide misreporting and tax evasion behind the veil of solicitor-client privilege. According to the Minister, access to the records, such as client names, is necessary to effectively determine their financial liability to the taxpayer for collection purposes.

[32] It is thus clear to us that if Parliament's intent in defining "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* as it has were not to exempt accounting records from the protection of this privilege, that definition and the apparent exemption would essentially serve no purpose. This would violate the presumption against tautology, according to which "[i]t is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 211, citing *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838). Instead, every word has "a specific role to play in advancing the legislative purpose" (Sullivan, at p. 211). Given that legislation must be read in its entire context and having regard to the legislative purpose and scheme (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578), it is at the very least important to ensure that our characterization of the legislative intent

utilité la définition du privilège des communications entre client et avocat. La *LIR* crée un régime d'autodéclaration « [dont le] succès dépend de l'honnêteté et de l'intégrité du contribuable dans la préparation de sa déclaration. Bien qu'il ne fasse pas de doute que la plupart des contribuables respectent le régime et s'y conforment, c'est un fait que certaines personnes tentent d'en tirer profit et d'échapper en partie au fisc » (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 648). L'existence d'un système qui permet au Ministre d'avoir accès aux registres se rapportant aux activités personnelles et commerciales du contribuable est donc essentielle afin que le Ministre puisse s'assurer de la justesse de l'autocotisation (*Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643, par. 20). Pourtant, comme le souligne le Ministre, soustraire certains de ces documents à l'examen du Ministre peut effectivement permettre à un avocat et à son client d'invoquer le secret professionnel de l'avocat pour dissimuler une déclaration inexacte ou une fraude fiscale. Il ajoute que l'accès aux documents, y compris les noms des clients, est nécessaire dans les faits à la détermination de leur dette envers le contribuable aux fins de perception de l'impôt.

[32] Il nous apparaît donc clair que si, en définissant le « privilège des communications entre client et avocat » comme il le fait au par. 232(1) de la *LIR*, le législateur n'entend pas soustraire le relevé comptable à la protection de ce privilège, cette définition et l'exception manifeste qu'elle renferme n'ont essentiellement aucune utilité. Un tel résultat irait à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie suivant laquelle [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s'exprimer en vain » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 211, citant *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). Au contraire, chaque mot « joue un rôle précis dans la réalisation de l'objectif du législateur » (Sullivan, p. 211). Puisqu'une loi doit être interprétée dans son contexte global et eu égard à son objet et à son économie générale (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578), il

underlying the definition of solicitor-client privilege in s. 232(1) is not incompatible with the purpose of the Minister's audit and enforcement powers as they are structured in the *ITA*.

[33] If we consider the express language of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) together with the provision's legislative history, Parliament's intent to define this privilege so as to exclude a lawyer's accounting records from its protection could hardly be clearer. Even the most restrictive interpretation of the provision leads to this conclusion, as the definition in s. 232(1) must be read in tandem with the *ITA*'s other provisions relating to the production of documents. In this regard, we note that, contrary to what the intervener the Canadian Bar Association suggests, it would be inappropriate to read the definition so restrictively as to conclude that it can apply only to documents that are already not protected by solicitor-client privilege. As we explained above, such an interpretation would disregard the legislative intent behind the definition and render it functionally meaningless.

[34] In short, in contrast to how the statutory provision at issue in *Blood Tribe* could be interpreted, the only interpretation of the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) that takes account of the history of the provision and the purpose of the broader scheme into which it is incorporated is that the provision is intended to permit the Minister to have access to lawyers' accounting records even if they contain otherwise privileged information.

C. *Nature of the Remedy*

[35] That said, this case arises in unusual circumstances. Whereas Mr. Thompson's challenge to the Minister's power to require disclosure is based solely on the argument that the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) does not satisfy the *Blood Tribe* criteria, in the companion appeal, *Chambre des notaires*, the validity of this

importe à tout le moins de veiller à ce que la qualification de l'intention du législateur qui sous-tend la définition du privilège des communications entre client et avocat au par. 232(1) soit compatible avec l'objet des pouvoirs de vérification et d'exécution que la *LIR* confère au Ministre.

[33] Lorsque l'on considère le libellé de la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de pair avec son historique législatif, il ne saurait être plus manifeste que l'intention du législateur est de définir ce privilège de façon à soustraire à sa protection les relevés comptables de l'avocat. Même l'interprétation la plus restrictive de cette disposition mène forcément à cette conclusion, puisque la définition du par. 232(1) doit être interprétée de concert avec les autres dispositions de la *LIR* relatives à la production de documents. À cet égard, signalons que, contrairement à ce que fait valoir l'intervenante l'Association du Barreau canadien, il serait inopportun d'interpréter la définition de façon tellement restrictive qu'il faille conclure qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux documents qui, déjà, ne sont pas protégés par le secret professionnel de l'avocat. Rappelons qu'une telle interprétation ferait abstraction de l'intention du législateur qui sous-tend la définition et la rendrait inutile.

[34] En bref, contrairement à la disposition législative en cause dans l'affaire *Blood Tribe*, la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne se prête qu'à une seule interprétation qui prend en compte l'historique de la disposition et l'objet du régime général dans lequel elle s'insère, à savoir que le Ministre est censé avoir accès aux relevés comptables de l'avocat, y compris ceux qui renferment des renseignements par ailleurs privilégiés.

C. *La nature de la réparation*

[35] Cela dit, la présente affaire se présente dans des circonstances inhabituelles. Alors que M. Thompson conteste le pouvoir du Ministre d'exiger la communication pour le seul motif que la définition du « privilège des communications entre client et avocat » figurant au par. 232(1) ne satisfait pas aux critères de l'arrêt *Blood Tribe*, dans le

definition is being challenged on constitutional grounds. As we mentioned above, Parliament's intent and its ability, in constitutional terms, to define solicitor-client privilege in a particular way for the purposes of the administration of the *ITA* are not necessarily equivalent. The question whether a legislature can, simply by using clear and unambiguous language, abrogate this privilege over a class of documents in a scheme in which the seizure of such documents is permitted cannot be answered on the basis of *Blood Tribe* alone. When a seizure is involved, s. 8 of the *Charter* comes into play. Thus, in *Chambre des notaires*, we conclude that the purported abrogation in s. 232(1) is constitutionally invalid because it permits the state to obtain information that would otherwise be privileged to a far greater extent than is absolutely necessary for the administration of the *ITA*.

[36] It is equally important to note that in *Chambre des notaires* we hold that the *ITA*'s requirement scheme, insofar as it applies to lawyers and notaries, infringes s. 8 of the *Charter* and that the infringement cannot be justified under s. 1. Given that the scheme is invalid to that extent, the request made to Mr. Thompson under that scheme is now foreclosed.

[37] It is possible that Parliament will amend ss. 231.2 and 231.7 to remedy the constitutional defects of the requirement scheme. Even if it does not do so, however, there are other situations in which courts could be asked to determine whether certain information is covered by solicitor-client privilege and, if they find that the privilege does not apply, to order that the information be disclosed. As a result, we find that it will be helpful in the instant case to address the appropriateness of the remedy granted to Mr. Thompson by the Federal Court of Appeal.

[38] In light of our conclusions in *Chambre des notaires* that the purported exception in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is constitutionally invalid and that any court order for the disclosure of documents cannot be taken to

pourvoi connexe, *Chambre des notaires*, la validité de cette définition est contestée pour des motifs d'ordre constitutionnel. Rappelons que l'intention du législateur de définir le privilège des communications entre client et avocat d'une certaine façon aux fins de l'administration de la *LIR* et son pouvoir de le faire sur le plan constitutionnel ne coïncident pas nécessairement. L'arrêt *Blood Tribe* ne permet pas à lui seul de trancher la question de savoir si le législateur peut, au moyen d'un libellé clair et non équivoque, soustraire une catégorie de documents à l'application du privilège dans le cadre d'un régime qui permet leur saisie. En effet, lorsqu'il est question de saisie, l'art. 8 de la *Charte* entre en jeu. Ainsi, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité de la suppression que prévoit le par. 232(1) parce qu'elle fait en sorte que l'État puisse obtenir des renseignements par ailleurs privilégiés beaucoup plus que cela n'est absolument nécessaire pour l'administration de la *LIR*.

[36] Il importe également de signaler que, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous décidons que le régime des demandes péremptoires, dans la mesure où il s'applique aux avocats et aux notaires, contrevient à l'art. 8 de la *Charte* et que l'atteinte ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Puisque le régime est invalidé dans cette mesure, la demande du Ministre adressée à M. Thompson est désormais sans objet.

[37] Le législateur pourrait modifier les art. 231.2 et 231.7 afin de remédier aux vices constitutionnels du régime des demandes péremptoires. Cependant, même s'il ne le fait pas, il existe d'autres situations où un tribunal pourrait être appelé à décider si certains renseignements bénéficient ou non du secret professionnel de l'avocat et, s'il répondait par la négative, à ordonner leur communication. En conséquence, nous estimons utile d'examiner en l'espèce le caractère convenable de la réparation que la Cour d'appel fédérale a accordée à M. Thompson.

[38] Puisque, dans l'arrêt *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité de l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR* et sommes d'avis qu'une

include privileged information, we are of the view that the Federal Court of Appeal acted appropriately in sending Mr. Thompson's case back to the Federal Court to have it determine whether any information in the accounting records sought by the CRA was privileged and therefore exempt from disclosure.

[39] Still, solicitor-client privilege is a right that belongs to, and can only be waived by, a client of a legal professional (*Lavallee*, at para. 39; *Chambre des notaires*, at para. 45). In both *Lavallee*, at para. 40, and *Federation of Law Societies of Canada*, at paras. 48-49, this Court noted that a lawyer is not the alter ego of his or her client, so it is the client and not the lawyer who must be given an opportunity to assert the privilege over the information sought by the state. A court must act to facilitate the client's ability to do so.

[40] The Federal Court of Appeal's order would therefore have been insufficient to safeguard the rights of Mr. Thompson's clients. In order to properly afford clients the opportunity to raise their right to solicitor-client privilege, they must be notified when a court considers making any order requiring the disclosure of what might be privileged information. They must also be afforded the opportunity to decide whether they wish to contest the disclosure of the information requested by the state, and if they do wish to do so, they must be permitted to make submissions in that regard on their own behalf. Thus, should Parliament choose to modify the existing *ITA* disclosure scheme in order to remedy its constitutional defects, a court assessing a request for access to presumptively privileged information will need to ensure that the clients whose information is being sought can participate in the process of asserting the protections that apply to them.

VI. Conclusion

[41] Given our holding in *Chambre des notaires* that the exception contained in the definition of "solicitor-client privilege" in s. 232(1) *ITA* is constitutionally invalid, the Minister's request that

ordonnance de communication de documents ne saurait viser des renseignements privilégiés, la Cour d'appel fédérale a selon nous eu raison de renvoyer le dossier de M. Thompson à la Cour fédérale pour qu'elle tranche la question de savoir si certains renseignements contenus dans les relevés comptables demandés par l'ARC sont privilégiés et donc soustraits à la communication.

[39] Néanmoins, le secret professionnel de l'avocat est un droit qui appartient au client et auquel seul ce dernier peut renoncer (*Lavallee*, par. 39; *Chambre des notaires*, par. 45). Dans *Lavallee*, par. 40, et *Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, par. 48-49, notre Cour indique que l'avocat n'est pas l'*alter ego* de son client, de sorte que c'est au client, et non à l'avocat, qu'il faut permettre de faire valoir le privilège à l'égard des renseignements sollicités par l'État. Le tribunal doit faciliter la démarche du client en ce sens.

[40] L'ordonnance de la Cour d'appel fédérale n'aurait donc pas protégé les droits des clients de M. Thompson. Pour qu'ils aient véritablement la possibilité d'invoquer le droit au secret professionnel de l'avocat, les clients doivent être informés de l'intention du tribunal d'ordonner la communication de renseignements qui pourraient être privilégiés. Ils doivent également pouvoir décider de contester ou non la demande d'une ordonnance de communication des renseignements sollicités par l'État et, s'ils le font, ils doivent se voir accorder la possibilité de défendre eux-mêmes leur point de vue. En conséquence, si le législateur choisit de modifier le régime actuel de communication de la *LIR* pour remédier à ses carences constitutionnelles, le tribunal saisi d'une demande d'accès à des renseignements tenus pour privilégiés devra veiller à ce que les clients auxquels se rapportent les renseignements puissent participer au processus de revendication de la protection à laquelle ils ont droit.

VI. Conclusion

[41] En raison de la conclusion d'inconstitutionnalité à laquelle nous arrivons dans l'arrêt *Chambre des notaires* concernant l'exception que prévoit la définition du « privilège des communications entre

Mr. Thompson be compelled to disclose the documents he has been withholding must be rejected. The information contained in those documents is presumptively privileged, and its disclosure cannot be required unless a court first determines whether solicitor-client privilege actually applies. Because we conclude in *Chambre des notaires* that the *ITA*'s requirement scheme is unconstitutional insofar as it applies to lawyers like Mr. Thompson, it is unnecessary to return the matter to the Federal Court.

[42] In light of the above, we would allow the appeal solely to set aside the Federal Court of Appeal's order, and we would dismiss the Minister's application. On the basis of this outcome, we would award costs to Mr. Thompson throughout.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Torys, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stockwoods, Toronto.

client et avocat » au par. 232(1) de la *LIR*, la demande du Ministre pour contraindre M. Thompson à communiquer les documents en cause doit être rejetée. Les renseignements contenus dans ces documents sont présumés privilégiés et ne peuvent être communiqués que si un tribunal décide au préalable que le privilège des communications entre client et avocat ne s'applique pas. Puisque, dans *Chambre des notaires*, nous concluons à l'inconstitutionnalité du régime des demandes péremptoires de la *LIR* dans la mesure où il s'applique à un avocat comme M. Thompson, il est inutile de renvoyer le dossier à la Cour fédérale.

[42] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement pour infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, et de rejeter la demande du Ministre. Vu ce résultat, M. Thompson a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stockwoods, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

D.L.W. *Respondent*

and

Animal Justice *Intervener*

Indexed as: R. *v.* D.L.W.

2016 SCC 22

File No.: 36450.

2015: November 9; 2016: June 9.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Bestiality — Elements of offence — Interpretation — Accused convicted of bestiality — Accused put peanut butter on complainant's vagina and had dog lick it off while he videotaped — Whether term "bestiality" has well-understood legal meaning in common law and if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when that term was first introduced in English version of Criminal Code — Whether penetration an essential element of offence of bestiality — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 160.

After a 38-day trial, D.L.W. was convicted of numerous sexual offences against his two stepdaughters committed over the course of 10 years, including a single count of bestiality. D.L.W. first brought the family dog into the bedroom with the older complainant when she was 15 or 16 years old. He attempted to make the dog have intercourse with her and, when that failed, he spread peanut butter on her vagina and took photographs while the dog licked it off. He later asked her to do this again so he could make a video. At trial, D.L.W. was found to have done all of this for a sexual purpose. The trial judge was of the view that bestiality in the *Code* means touching between a person and an animal for a person's sexual purpose and he concluded that penetration was not required. The trial judge preferred to interpret the elements of bestiality so that they would reflect the current views

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

D.L.W. *Intimé*

et

Animal Justice *Intervenante*

Répertorié : R. *c.* D.L.W.

2016 CSC 22

N° du greffe : 36450.

2015 : 9 novembre; 2016 : 9 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Bestialité — Éléments de l'infraction — Interprétation — Accusé reconnu coupable de bestialité — Accusé étendant du beurre d'arachides sur le vagin de la plaignante et faisant en sorte que le chien le lèche alors qu'il captait la scène sur bande vidéo — Le terme « bestialité » a-t-il un sens juridique bien défini en common law et, dans l'affirmative, le législateur a-t-il voulu s'écarter de cette signification lorsque ce terme a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du Code criminel? — La pénétration est-elle un élément essentiel de l'infraction de bestialité? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 160.

Au terme d'un procès de 38 jours, D.L.W. a été reconnu coupable de nombreuses infractions d'ordre sexuel commises contre ses deux belles-filles sur une période de 10 ans, y compris un seul chef d'accusation de bestialité. D.L.W. a amené le chien de la famille pour la première fois dans la chambre avec la plaignante plus âgée quand elle avait 15 ou 16 ans. Il a alors tenté de faire en sorte que le chien ait des rapports sexuels avec elle et, lorsque cela n'a pas fonctionné, il a étendu du beurre d'arachides sur son vagin et a pris des photos pendant que le chien le léchait. Il a par la suite demandé à la plaignante de le refaire pour qu'il puisse l'enregistrer sur vidéo. Au procès, il a été conclu que D.L.W. avait agi de la sorte à des fins d'ordre sexuel. De l'avis du juge du procès, la bestialité au sens du *Code* s'entend des attouchements auxquels se livre une personne avec un animal à des fins

on what constitutes prohibited sexual acts. A majority of the Court of Appeal allowed D.L.W.'s appeal against the bestiality conviction and acquitted him of the bestiality count. The majority concluded that the term "bestiality" had a common law meaning that included penetration as one of its essential elements. The dissenting judge found that penetration was not an element of bestiality and he would have dismissed the appeal.

d'ordre sexuel et il a conclu que la pénétration n'est pas nécessaire. Le juge du procès a préféré interpréter les éléments constitutifs de la bestialité de façon à ce qu'ils reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés. La majorité de la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par D.L.W. contre la déclaration de culpabilité pour bestialité et elle l'a acquitté de ce chef d'accusation. La majorité a conclu que, suivant le sens qui a été donné au terme « bestialité » en common law, la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Le juge dissident a conclu que la pénétration n'était pas un élément constitutif de l'infraction de bestialité et il aurait rejeté l'appel.

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

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

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ.: Since 1955, criminal offences in Canada (apart from criminal contempt) have been entirely statutory. However, the common law continues to play an important role in defining criminal conduct as defining the elements of statutory offences often requires reference to common law concepts. Applying the principles that guide statutory interpretation leads to the conclusion in this case that the term "bestiality" has a well-established legal meaning and refers to sexual intercourse between a human and an animal. Penetration has always been understood to be an essential element of bestiality. Parliament adopted that term without adding a definition of it and the legislative history and evolution of the relevant provisions show no intent to depart from the well-understood legal meaning of the term. Moreover, the courts should not, by development of the common law, broaden the scope of liability for the offence of bestiality. Any expansion of criminal liability for this offence is within Parliament's exclusive domain.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown : Depuis 1955, les infractions criminelles au Canada sont entièrement créées par la loi (sauf l'outrage criminel au tribunal). Toutefois, la common law continue de jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un comportement criminel. En effet, il faut souvent recourir à des notions de common law pour définir les éléments d'une infraction créée par la loi. L'application des principes qui guident l'interprétation des textes de loi mène en l'espèce à la conclusion que le terme « bestialité » a un sens juridique bien établi et qu'il s'entend des rapports sexuels entre un être humain et un animal. La pénétration a toujours été considérée comme un élément essentiel de la bestialité. Le législateur a adopté ce terme sans le définir, et l'historique et l'évolution des dispositions pertinentes ne démontrent pas qu'il avait l'intention de s'écarter de sa signification juridique bien définie. De plus, les tribunaux ne devraient pas, en faisant évoluer la common law, élargir la portée de la responsabilité afférente à l'infraction de bestialité. Tout élargissement de la responsabilité criminelle liée à cette infraction relève de la compétence exclusive du législateur.

When Parliament uses a term with a legal meaning, it generally intends the term to be given that meaning. Words that have a well-understood legal meaning when used in a statute should be given that meaning unless Parliament clearly indicates otherwise. A further consideration is the related principle of stability in the law which means that absent clear legislative intention to the contrary, a statute should not be interpreted as substantially changing the law, including the common law. Parliament is deemed to know the existing law and is unlikely to have intended any significant changes to it unless that intention is made clear. While these interpretive principles are easy to state, how they apply in particular

Lorsque le législateur utilise un terme comportant un sens juridique, il veut généralement lui donner ce sens. Lorsqu'ils sont utilisés dans une loi, les mots qui ont une signification juridique bien définie devraient recevoir cette signification, sauf si le législateur indique clairement autre chose. Une autre considération est le principe connexe de la stabilité du droit voulant qu'en l'absence d'une intention contraire exprimée clairement par le législateur, une loi ne doive pas être interprétée de façon à modifier substantiellement le droit, y compris la common law. Le législateur est censé connaître le droit existant et il n'a probablement pas voulu y apporter de changements importants à moins de l'indiquer clairement.

cases may be controversial. Sometimes, the controversy concerns the state of the common law when Parliament acted: in other words, the debate is about whether the term used had a clearly understood legal meaning when it was incorporated into the statute. In this case, the term "bestiality" did have a clear legal meaning when Parliament used that term without further definition in the English version of the 1955 *Criminal Code*. Bestiality meant buggery with an animal and required penetration. It was clear that to secure a conviction, the prosecution had to prove that penetration of an animal, or, in the case of women, penetration by an animal, had occurred. This was the state of the law when the *Offences Against the Person Act, 1861* was enacted in England. The offence in substantially the same form was carried over into the first English version of the Canadian *Criminal Code* in 1892 and continued to be in force until the offence called bestiality was introduced into the English version of the *Code* in the 1955 revisions.

In Canada, as in England, the early history of the offence shows that what was commonly called "bestiality" was subsumed under the offences named sodomy or buggery and that penetration was one of its essential elements. The English language version of the Canadian statute simply provided that buggery with an animal was an offence, but did not further define it. However, the French version of "buggery . . . with any other living creature" being "*bestialité*" shows that "buggery with an animal" and "bestiality" were the same thing. There can be no serious dispute that the Canadian offence of buggery with an animal/*la bestialité* in the 1892 *Code*, which continued to be in force until the 1955 revisions, had a widely and generally understood meaning: the offence required sexual penetration between a human and an animal. Parliament, by using that term without further definition, intended to adopt that well-understood legal meaning.

Parliament did not explicitly or by necessary implication change the well-understood legal meaning of the term "bestiality" when it amended the *Criminal Code* in 1955 and in 1988. There is no express statutory provision expanding the scope of the bestiality offence and further, there is nothing in the legislative evolution and history that supports any parliamentary intent to bring about such a change by implication. The required clarity and certainty are entirely lacking. Courts will only conclude

Bien que ces principes d'interprétation soient faciles à énoncer, la façon de les appliquer dans un cas particulier peut prêter à controverse. Parfois la controverse porte sur l'état de la common law au moment où le législateur a agi : autrement dit, le débat porte alors sur la question de savoir si le terme utilisé avait un sens juridique bien défini lorsqu'il a été introduit dans la loi. En l'espèce, le terme « *bestiality* » (bestialité) avait un sens juridique clair lorsque le législateur l'a utilisé sans le définir dans la version anglaise du *Code criminel* de 1955. La bestialité s'entendait d'un acte de sodomie avec un animal et exigeait une pénétration. Il ne faisait aucun doute que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la poursuite devait établir qu'un acte de pénétration avait été commis sur un animal ou, dans le cas d'une femme, que l'acte de pénétration avait été commis par l'animal. Tel était l'état du droit lorsque la *Offences Against the Person Act, 1861* a été adoptée en Angleterre. L'infraction a été importée essentiellement sous cette forme dans la première version anglaise du *Code criminel* canadien de 1892 et elle est demeurée en vigueur jusqu'à ce que l'infraction appelée *bestiality* soit introduite dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955.

Au Canada, tout comme en Angleterre, il ressort des origines de l'infraction que ce que l'on appelait communément « bestialité » était compris dans l'infraction appelée sodomie et que la pénétration était l'un de ses éléments essentiels. La version de langue anglaise de la loi canadienne prévoyait simplement que la sodomie avec un animal était une infraction, mais elle ne l'a pas définie davantage. Or, comme l'équivalent français de « *buggery [. . .] with any other living creature* » est « bestialité », cela démontre que « *buggery with an animal* » et « bestialité » désignent la même chose. Il est impossible de mettre sérieusement en doute le fait que l'infraction canadienne de bestialité/*buggery with an animal* prévue au *Code* de 1892 qui est demeurée en vigueur jusqu'à la révision de 1955 avait un sens généralement reconnu : l'infraction exigeait une pénétration sexuelle impliquant un être humain et un animal. En utilisant ce terme sans le définir, le législateur voulait retenir son sens juridique bien défini.

Le législateur n'a pas modifié explicitement ou par déduction nécessaire le sens juridique bien défini du terme « bestialité » lorsqu'il a modifié le *Code criminel* en 1955 et en 1988. Aucune disposition légale n'élargit expressément la portée de l'infraction de bestialité. En outre, l'évolution et l'historique législatifs ne permettent aucunement de conclure que le législateur a voulu faire implicitement une telle modification. La clarté et la certitude requises sont totalement absentes. Les tribunaux

that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive. This approach not only reflects the appropriate respective roles of Parliament and the courts, but the fundamental requirement of the criminal law that people must know what constitutes punishable conduct and what does not, especially when their liberty is at stake. The important questions of penal and social policy involved in broadening the offence of bestiality are matters for Parliament to consider, if it so chooses. Parliament may wish to consider whether the present provisions adequately protect children and animals. But it is for Parliament, not the courts, to expand the scope of criminal liability for this offence. Absent clear parliamentary intent to depart from the clear legal definition of the elements of the offence, it is manifestly not the role of the courts to expand that definition.

The English version of the *Criminal Code* did not use the term "bestiality" until 1955, but the French version did. In the 1955 revision, the word "bestiality" was first introduced into the English version of the *Code* and the reference to "buggery . . . with any other living creature" was deleted, but with no definition of either the term "buggery" or "bestiality". The text of the 1955 revision does not suggest that any significant change in the law was intended. This appears to be simply the substitution of a more precise legal term in the English version for the previous more general expression. The absence of a statutory definition of either term is consistent only with the intent to adopt the accepted legal meanings of both terms. Here, there is no evidence that any substantive change was intended. The fact that no substantive change occurred in the French version of the offence leads almost inevitably to the conclusion that the change in terminology in the English version was simply intended to give the offence a clearer, more modern wording which would be more consistent with its French equivalent. There is nothing in this tweak to the English version of the *Code* to support the view that any substantive change to the elements of the offence was intended. The text, read in both of its official versions, the legislative history and evolution, all of the commentators and the applicable principles of statutory interpretation support the view that the 1955 revisions to the *Code* did not expand the elements of bestiality and that penetration between a human and an animal was the essence of the offence.

ne concluront à la création d'un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs. Cette approche tient compte non seulement des fonctions revenant à bon droit respectivement au législateur et aux tribunaux, mais également de l'exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l'est pas, surtout lorsque leur liberté est en jeu. Il revient au législateur d'examiner, s'il le juge à propos, les questions importantes de politique pénale et sociale que soulève l'élargissement de l'infraction de bestialité. Le législateur peut vouloir se demander si les dispositions actuelles protègent adéquatement les enfants et les animaux. Il appartient cependant au législateur, et non aux tribunaux, d'élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette infraction. En l'absence d'une intention claire du législateur de s'écarter de la définition juridique claire des éléments de l'infraction, il n'appartient manifestement pas aux tribunaux d'élargir cette définition.

Le terme « *bestiality* » ne figurait pas dans la version anglaise du *Code criminel* avant 1955, mais on retrouvait son équivalent « bestialité » dans la version française. Lors de la révision de 1955, le terme « *bestiality* » a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du *Code*, et le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » a été supprimé, mais on n'a défini ni le terme « *buggery* » (sodomie), ni celui de « *bestiality* ». Le texte de la révision de 1955 ne porte pas à croire que le législateur a voulu changer le droit de façon substantielle. Il semble s'agir là du simple remplacement de l'ancienne expression plus générale dans la version anglaise par un terme juridique plus précis. L'absence de définition de l'un ou l'autre des termes dans la loi ne s'accorde qu'avec l'intention d'adopter le sens juridique reconnu des deux termes. En l'espèce, rien ne prouve qu'un changement de fond était souhaité. L'absence de modification de fond à la version française de l'infraction mène presque inévitablement à la conclusion que le changement de terminologie dans la version anglaise ne visait qu'à donner à l'infraction une formulation plus claire et plus moderne qui concorderait mieux avec son équivalent français. Cette modification mineure de la version anglaise du *Code* ne permet aucunement d'affirmer qu'un changement de fond des éléments de l'infraction était souhaité. Le texte, lu dans ses deux versions officielles, l'évolution et l'historique législatifs, les propos de tous les auteurs ainsi que les principes applicables en matière d'interprétation législative permettent de conclure que la révision de 1955 du *Code* n'a pas élargi les éléments de l'infraction de bestialité et que la pénétration impliquant un être humain et un animal était l'essence même de l'infraction.

A complete overhaul of sexual offences against the person in 1983 was followed by the 1988 revisions which were focused on enhancing the protection of children against sexual abuse. In 1988, among other things, the new legislation repealed the former buggery offence and replaced it with the new offence of anal intercourse and bestiality was given its own section. Through all of the many changes, changes which included fundamental revisions of the definition of several sexual offences and the repeal of others, the *Code* continued to make bestiality an offence without further defining it. The fact that Parliament made no change to the definition of bestiality in the midst of a comprehensive revision of the sexual offences supports only the conclusion that it intended to retain its well-understood legal meaning. It defies logic to think that Parliament would rename, redefine and create new sexual offences in a virtually complete overhaul of the sexual offence provisions in 1983 and 1988 and yet would continue to use an ancient legal term with a well-understood meaning — bestiality — without further definition in order to bring about a substantive difference in the law. The new bestiality offences added in the 1988 revision, while not changing the definition of the underlying offence, added protections for children in relation to that offence.

La refonte complète des infractions sexuelles contre la personne en 1983 a été suivie de la révision de 1988, qui visait à mieux protéger les enfants contre l'abus sexuel. En 1988, entre autres, la nouvelle loi a aboli l'ancienne infraction de sodomie et l'a remplacée par la nouvelle infraction de relations sexuelles anales, et la bestialité a fait l'objet d'une disposition distincte. Tout au long de ces nombreuses modifications, qui comprenaient une révision de fond en comble de la définition de plusieurs infractions d'ordre sexuel et l'abrogation de certaines autres, le *Code* a continué de criminaliser la bestialité sans la définir. Le fait que le législateur n'a pas modifié la définition de la bestialité au milieu de cette révision exhaustive des infractions d'ordre sexuel étaye uniquement la conclusion selon laquelle il a voulu que le terme « bestialité » conserve son sens juridique bien défini. Il est illogique de penser que le législateur renommerait ou redéfinirait des infractions existantes et créerait de nouvelles infractions d'ordre sexuel à l'occasion d'une refonte pratiquement complète des dispositions en cause en 1983 et 1988 et qu'il continuerait malgré tout d'utiliser un terme juridique ancien ayant un sens bien défini — bestialité — sans le définir afin de modifier substantiellement le droit. Bien qu'elles n'aient pas modifié la définition de l'infraction sous-jacente, les nouvelles infractions de bestialité ajoutées à la révision de 1988 ont prévu des mesures de protection supplémentaires pour les enfants relativement à cette infraction.

Finally, contrary to the dissent's view, it does not follow that all sexually exploitative acts with animals that do not involve penetration are perfectly legal. There are other provisions in the *Code* which may serve to protect children and others from sexual activity with an animal that does not necessarily involve penetration.

Enfin, contrairement au point de vue exprimé dans la dissidence, cela ne signifie pas que tous les actes d'exploitation sexuelle avec des animaux qui n'impliquent pas de pénétration sont tout à fait légaux. Le *Code* contient d'autres dispositions qui peuvent servir à protéger les enfants et d'autres personnes d'une activité sexuelle avec un animal qui n'implique pas nécessairement de pénétration.

Per Abella J. (dissenting): The common law origins of the offence of "buggery with mankind or with any animal" were ecclesiastical and emerged from the Church's hegemonic jurisdiction over sexual offences and its abhorrence for non-procreative sexual acts, which were condemned as being "unnatural". The Church's jurisdiction over sexual offences ended in 1533, but censorious attitudes did not, and death remained the penalty for "the detestable offence of buggery". The question whether these acts were criminal only when there was penetration is, however, far from clear.

La juge Abella (dissidente) : Les origines de l'infraction de « *buggery* avec un être humain ou avec un animal » en common law sont ecclésiastiques et elles ont émergé de l'hégémonie qu'exerçait l'Église sur les infractions d'ordre sexuel et de l'aversion de celle-ci envers les actes sexuels non procréateurs, qui étaient jugés « contre nature ». La juridiction de l'Église sur les infractions d'ordre sexuel a pris fin en 1533, mais non ses attitudes critiques, et la peine capitale est demeurée la peine prévue pour « l'infraction détestable de *buggery* ». Pour ce qui est de savoir si ces actes étaient criminels seulement quand il y avait pénétration, cela n'est, cependant, pas du tout clair.

At no time was "buggery" ever defined by Parliament. Applying the principles of interpretation requires reviewing related *Criminal Code* provisions and the context in

Le Parlement n'a jamais défini le terme « *buggery* ». Pour appliquer les principes d'interprétation, il faut examiner les dispositions connexes du *Code criminel* et le

which the bestiality provision was first introduced. In 1955, for the first time, the offence of "bestiality" was expressly named as such in the English version of the *Code*. It too was never defined. The addition of the offence of "bestiality" must have been intended to mean something different from "buggery" because if the elements of bestiality and buggery were the same, the addition of "bestiality" to the 1955 *Code* was redundant and there was no need to change the provision from one prohibiting buggery, to one prohibiting buggery *and* bestiality.

Amendments in 1955 were also made to the *Code*'s animal cruelty offence to reflect an increased recognition of the importance of protecting animal welfare by expanding the category of birds and animals from only some, to all of them. It is in this transformed legal environment consisting of more protection for more animals, that the offence of "bestiality" first appeared. Whatever the common law meaning of "buggery" with animals had been, the creation of a distinct offence of bestiality in the same year that the animal cruelty provisions were expanded to protect more animals from exploitative conduct, reflected Parliament's intention to approach the offence differently. Parliament's purposes would have been inconsistent if the animal cruelty protection in the *Criminal Code* would now cover *all* birds and animals, but the bestiality provision would be limited to those animals whose anatomy permitted penetration. Requiring penetration for the offence of bestiality, technically leaves as legal all sexually exploitative acts with animals that do *not* involve penetration. This, in turn, completely undermines the concurrent legislative protections for animals from cruelty and abuse.

If there was any doubt about what Parliament intended in 1955, its intention is even clearer in light of the 1988 Amendments to the *Code*, when buggery and bestiality were divided into two separate provisions. The offence of "bestiality" was extended to include those who compelled its commission or who committed it in the presence of a child. It is difficult to accept that Parliament's intention was to protect children from seeing or being made to engage in sexual activity with animals *only* if it involved penetration. Parliament must have intended protection for children from witnessing or being forced to participate in *any* sexual activity with animals. This wider protection for children can also be inferred

contexte dans lequel la disposition sur la *bestiality* a vu le jour. C'est en 1955 que l'infraction de « *bestiality* » a été expressément nommée telle quelle pour la première fois dans la version anglaise du *Code*. Elle n'a jamais été définie non plus. L'infraction de « *bestiality* » ajoutée devait donc avoir une signification différente de celle de « *buggery* » parce que, si l'acte de *bestiality* et l'acte de *buggery* partageaient les mêmes éléments, l'ajout de la « *bestiality* » au Code de 1955 était redondant et point n'était besoin de remplacer la disposition interdisant les actes de *buggery* par une disposition interdisant ces actes *et* la *bestiality*.

En 1955, le législateur a aussi modifié l'infraction de cruauté envers les animaux prévue au *Code* en étendant sa portée à toutes les espèces d'oiseaux et d'animaux, plutôt qu'à seulement certaines d'entre elles comme c'était le cas auparavant, pour traduire une reconnaissance accrue de l'importance d'assurer le bien-être des animaux. C'est dans cet environnement juridique transformé offrant une plus grande protection aux animaux que l'infraction de « *bestiality* » a vu le jour. Quel qu'ait été le sens de « *buggery* » avec un animal en common law, la création d'une infraction distincte de *bestiality* la même année que les dispositions relatives à la cruauté envers les animaux ont été étendues pour protéger plus d'animaux de l'exploitation montre que le législateur voulait aborder l'infraction sous un autre angle. Les objectifs du Parlement seraient incompatibles si la protection offerte par le *Code criminel* aux animaux contre la cruauté s'étendait désormais à *tous* les oiseaux et animaux, mais la disposition relative à la *bestiality* se limitait aux animaux dont l'anatomie est susceptible de pénétration. Exiger que l'infraction de *bestiality* comporte un élément de pénétration rend, d'un point de vue technique, tout à fait légaux l'ensemble des actes d'exploitation sexuelle commis avec des animaux *sans* qu'il n'y ait de pénétration. Et cela sape entièrement les dispositions législatives concurrentes qui protègent les animaux contre la cruauté et l'abus.

S'il persistait quelque doute que ce soit à propos de ce que voulait le législateur en 1955, son intention paraît encore plus claire à la lumière des modifications de 1988 au *Code*, lorsqu'il a consacré à la notion de *buggery* et à celle de *bestiality* deux dispositions distinctes. L'infraction de « *bestiality* » a été étendue aux personnes qui ont forcé quelqu'un d'autre à la commettre ou qui l'ont commise en présence d'un enfant. Il est difficile d'accepter que le Parlement voulait empêcher que des enfants soient témoins d'une activité sexuelle avec des animaux ou forcés de se livrer à pareille activité *seulement* si elle comportait une pénétration. Le Parlement devait certainement vouloir empêcher que des enfants soient témoins

from the other changes to the *Code* in the 1988 Amendments, introducing the offences of sexual interference, sexual exploitation, and invitation to sexual touching, all of which protected minors and none of which required penetration. As a result, by 1988, the language, history, and evolving social landscape of the bestiality provision lead to the conclusion that Parliament intended, or at the very least assumed, that penetration was not a necessary element of the offence.

The absence of a requirement of penetration does not broaden the scope of bestiality. It is more a reflection of Parliament's common sense assumption that since penetration is physically impossible with most animals and for half the population, requiring it as an element of the offence eliminates from censure most sexually exploitative conduct with animals. Acts with animals that have a sexual purpose are inherently exploitative whether or not penetration occurs, and the prevention of sexual exploitation is what the 1988 Amendments were all about.

Cases Cited

By Cromwell J.

Not followed: *R. v. M.G.*, 2002 CanLII 45200; **referred to:** *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217; *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214; *Nadeau v. Gareau*, [1967] S.C.R. 209; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272; *R. v. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125; *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Gralewicz v. The Queen*,

de *quelque* activité sexuelle *que ce soit* avec des animaux ou forcés d'y prendre part. Cette protection plus large des enfants peut également s'inférer des autres modifications de 1988 au *Code* qui ont créé les infractions de contacts sexuels, d'exploitation sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels, lesquelles visaient toutes à protéger les mineurs et aucune d'entre elles n'exigeait de pénétration. Par conséquent, le libellé et l'historique de la disposition sur la bestialité ainsi que l'évolution de sa réalité sociale jusqu'en 1988 mènent à la conclusion que le Parlement voulait, ou supposait à tout le moins, que la pénétration ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction.

L'absence d'exigence de pénétration n'élargit pas la portée de la bestialité. Il s'agit plutôt d'un reflet de la supposition logique du Parlement que, comme il est physiquement impossible de pénétrer la plupart des animaux et comme la pénétration est un acte qui est physiquement impossible à accomplir par la moitié de la population, en faire un élément constitutif de l'infraction soustrait à la censure la plupart des actes d'exploitation sexuelle commis avec des animaux. Les actes de nature sexuelle commis avec des animaux relèvent intrinsèquement de l'exploitation, qu'il y ait ou non pénétration, et la prévention de l'exploitation sexuelle était la raison d'être des modifications de 1988.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt non suivi : *R. c. M.G.*, 2002 CanLII 45200; **arrêts mentionnés :** *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217; *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214; *Nadeau c. Gareau*, [1967] R.C.S. 209; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272; *R. c. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125; *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *Perka c. La*

[1980] 2 S.C.R. 493; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687; *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487; *R. v. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830; *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *R. v. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL); *R. v. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, Nos. 150-01-001993-923 and 150-01-002026-921, February 2, 1993.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Summers, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575; *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. White*, 2011 SCC 13, [2011] 1 S.C.R. 433; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864; *Reece v. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. K.D.H.*, 2012 ABQB 471, 546 A.R. 248; *R. v. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; *R. v. Black*, 2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289.

Statutes and Regulations Cited

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (U.K.), 9 Geo. 4, c. 31, s. 18.
Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1.
Act respecting Offences against the Person, S.C. 1869, c. 20, s. 63.
Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 3.
Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 3 (Bill C-15).
Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125 (Bill C-127).
Acte for the punysshement of the vice of Buggerie (Eng.), 25 Hen. 8, c. 6 (rep. 1553; re-en. 1562).
Bill 178, *A Bill to Establish a Code of Indictable Offences and the Procedure relating thereto* (U.K.), 1878, s. 101(*a*) (1878 Draft Code).
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 202.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 202, 542(*a*).

Reine, [1984] 2 R.C.S. 232; *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487; *R. c. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830; *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *R. c. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL); *R. c. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, n^{os} 150-01-001993-923 et 150-01-002026-921, 2 février 1993.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Summers, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575; *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL); *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129; *Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. White*, 2011 CSC 13, [2011] 1 R.C.S. 433; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *Reece c. Edmonton (City)*, 2011 ABCA 238, 513 A.R. 199; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. K.D.H.*, 2012 ABQB 471, 546 A.R. 248; *R. c. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; *R. c. Black*, 2007 SKPC 46, 296 Sask. R. 289.

Lois et règlements cités

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31, art. 18.
Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1.
Acte concernant les offenses contre la Personne, S.C. 1869, c. 20, art. 63.
Acte for the punysshement of the vice of Buggerie (Angl.), 25 Hen. 8, c. 6 (abr. 1553; ré-éd. 1562).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 4(5), 8(3), 9, 151, 153, 159, 160, 172, 173, 179(1), (2), 445.1(1)a).
Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 3(6), 8, 147, 387(1)*a*), 661.
Code criminel, S.R.C. 1906, c. 146, art. 202.
Code criminel, S.R.C. 1927, c. 36, art. 202, 542*a*).
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 3(6), 154, 155.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 174.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 45(2), (3).
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, c. 125 (projet de loi C-127).

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 3(6), 154, 155.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 4(5), 8(3), 9, 151, 153, 159, 160, 172, 173, 179(1), (2), 445.1(1)(a).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 3(6), 8, 147, 387(1)(*a*), 661.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 174.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 45(2), (3).
Offences against the Person Act, 1861 (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100, ss. 61, 63.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 15.
Sexual Offences Act, 1956 (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 12(1).
Tackling Violent Crime Act, S.C. 2008, c. 6, s. 54.
Tougher Penalties for Child Predators Act, S.C. 2015, c. 23, s. 5.

Authors Cited

2015 Annotated Tremeear's Criminal Code, by David Watt and Michelle Fuerst. Toronto: Carswell, 2014.
Ben-Atar, Doron S., and Richard D. Brown. *Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2014.
Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswell Co., 1984.
Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*. Toronto: Osgoode Society, 1989.
Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*. Toronto: Carswell & Co., 1890.
Cambridge Department of Criminal Science. *Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*. London: MacMillan & Co., 1957.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, p. 20041.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, pp. 18-19.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., February 17, 1987, pp. 66-67.
Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Report on Recodifying Criminal Law*, revised and enlarged edition of Report 30. Ottawa: The Commission, 1987.

Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, c. 24, art. 3 (projet de loi C-15).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3e suppl.), art. 3.
Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6, art. 54.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 15.
Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants, L.C. 2015, c. 23, art. 5.
Offences against the Person Act, 1861 (R.-U.), 24 & 25 Vict., c. 100, art. 61, 63.
Projet de loi 178, *A Bill to Establish a Code of Indictable Offences and the Procedure relating thereto* (R.-U.), 1878, art. 101(*a*) (*Draft Code* de 1878).
Sexual Offences Act, 1956 (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, art. 12(1).

Doctrine et autres documents cités

2015 Annotated Tremeear's Criminal Code, by David Watt and Michelle Fuerst, Toronto, Carswell, 2014.
Ben-Atar, Doron S., and Richard D. Brown. *Taming Lust : Crimes Against Nature in the Early Republic*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2014.
Boyle, Christine L. M. *Sexual Assault*, Toronto, Carswell Co., 1984.
Brown, Desmond H. *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892*, Toronto, Osgoode Society, 1989.
Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)*, Toronto, Carswell & Co., 1890.
Cambridge Department of Criminal Science. *Sexual Offences : A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, London, MacMillan & Co., 1957.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1re sess., 32e lég., 4 août 1982, p. 20041.
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, no 1, 2e sess., 33e lég., 27 novembre 1986, p. 18-19.
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, no 9, 2e sess., 33e lég., 17 février 1987, p. 66-67.
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 10, *Rapport sur les infractions sexuelles*, Ottawa, La Commission, 1978.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 10. *Report on Sexual Offences*. Ottawa: The Commission, 1978.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 22. *Criminal Law: Sexual Offences*. Ottawa: The Commission, 1978.

Canada. Royal Commission on the Revision of Criminal Code. *Report of Royal Commission on the Revision of Criminal Code: Reports of Special Committee (Session 1952-53) on the Bill No. 93 (Letter O of the Senate) "An Act Respecting the Criminal Law"*. Ottawa: Edmond Cloutier, 1954.

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*. London: E. and R. Brooke, 1797 (first published 1644).

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal: Thémis, 2009.

Crankshaw's Criminal Code of Canada, 7th ed., by A. E. Popple. Toronto: Carswell Co., 1959.

East, Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: A. Strahan, 1803 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).

Eskridge, William N., Jr. *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003*. New York: Viking, 2008.

Gigeroff, Alex K. *Sexual Deviations in the Criminal Law: Homosexual, Exhibitionistic, and Pedophilic Offences in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1968.

Great Britain. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences: with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*. London: George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.

Hale, Matthew. *Historia Placitorum Coronae: The History of the Pleas of the Crown*, vol. I. London: E. and R. Nutt and R. Gosling, 1736 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1971).

Hale, Matthew. *Pleas of the Crown: A Methodical Summary*. London: Assigns of Richard and Edward Atkyns, 1678 (reprinted London: Professional Books Ltd., 1972).

Kenny's Outlines of Criminal Law, 19th ed., by J. W. Cecil Turner. Cambridge: University Press, 1966.

Lagarde, Irénee. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.

Lagarde, Irénée. *Nouveau Code Criminel Annoté*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1957.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 22, *Droit pénal : infractions sexuelles*, Ottawa, La Commission, 1978.

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal*, édition révisée et augmentée du rapport no 30, Ottawa, La Commission, 1987.

Canada. Commission royale pour la revision du Code criminel. *Rapport de la Commission royale pour la revision du Code criminel : Rapports du Comité spécial chargé de l'étude du Bill no 93 (Lettre O du Sénat) « Loi concernant le droit criminel » (Session de 1952-1953)*, Ottawa, Edmond Cloutier, 1954.

Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes*, London, E. and R. Brooke, 1797 (first published 1644).

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4e éd., Montréal, Thémis, 2009.

Crankshaw's Criminal Code of Canada, 7th ed., by A. E. Popple, Toronto, Carswell Co., 1959.

East, Edward Hyde. *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol. I, London, A. Strahan, 1803 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1972).

Eskridge, William N., Jr. *Dishonorable Passions : Sodomy Laws in America, 1861-2003*, New York, Viking, 2008.

Gigeroff, Alex K. *Sexual Deviations in the Criminal Law : Homosexual, Exhibitionistic, and Pedophilic Offences in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1968.

Grande-Bretagne. Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences. *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences : with an Appendix containing a Draft Code embodying the Suggestions of the Commissioners*, London, George Edward Eyre and William Spottiswoode, 1879.

Hale, Matthew. *Historia Placitorum Coronae : The History of the Pleas of the Crown*, vol. I, London, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1736 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1971).

Hale, Matthew. *Pleas of the Crown : A Methodical Summary*, London, Assigns of Richard and Edward Atkyns, 1678 (reprinted London, Professional Books Ltd., 1972).

Kenny's Outlines of Criminal Law, 19th ed., by J. W. Cecil Turner, Cambridge, University Press, 1966.

Lagarde, Irénee. *Droit pénal canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1962.

Lagarde, Irénée. *Nouveau Code Criminel Annoté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957.

Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law, 4th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Martin, J. C. *The Criminal Code of Canada: With Annotations and Notes*. Toronto: Cartwright & Sons, Ltd., 1955.

Miletski, Hani. "A history of bestiality", in Andrea M. Beetz and Anthony L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia: Sexual Relations with Animals*. West Lafayette, Indiana: Purdue University Press, 2005, 1.

Murrin, John M. "'Things Fearful to Name': Bestiality in Colonial America" (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8.

Niemoeller, A. F. *Bestiality and the Law: A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present*. Girard, Kansas: Haldeman-Julius Publications, 1946.

Osborn, P. G. *A Concise Law Dictionary*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1954, "buggery".

Parker, Graham. "Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime", in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History*. Westport, CT: Meckler, 1990, 285.

Russell, William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 5th ed., by Samuel Prentice. London: Stevens & Sons, 1877.

Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*. London: Butterworths, 1965.

Stephen, James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*. St. Louis: F. H. Thomas and Co., 1878 (reprinted Littleton, Colorado: Fred B. Rothman & Co., 1991).

Stephen, James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed. London: MacMillan and Co., 1890.

Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II. London: MacMillan and Co., 1883 (reprinted Buffalo, N.Y.: William S. Hein & Co., 1983).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.* Toronto: Carswell Co., 1893.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, as amended and in force on the 1st day of November, 1874, in the Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, and, on the 1st day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of*

Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law, 4th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.

Martin, J. C. *The Criminal Code of Canada : With Annotations and Notes*, Toronto, Cartwright & Sons, Ltd., 1955.

Miletski, Hani. « A history of bestiality », in Andrea M. Beetz and Anthony L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia : Sexual Relations with Animals*, West Lafayette (Indiana), Purdue University Press, 2005, 1.

Murrin, John M. « "Things Fearful to Name" : Bestiality in Colonial America » (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8.

Niemoeller, A. F. *Bestiality and the Law : A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present*, Girard (Kansas), Haldeman-Julius Publications, 1946.

Osborn, P. G. *A Concise Law Dictionary*, 4th ed., London, Sweet & Maxwell, 1954, « *buggery* ».

Parker, Graham. « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History*, Westport (CT), Meckler, 1990, 285.

Russell, William Oldnall. *A Treatise on Crimes and Misdemeanors*, 5th ed., by Samuel Prentice, London, Stevens & Sons, 1877.

Smith, J. C., and Brian Hogan. *Criminal Law*, London, Butterworths, 1965.

Stephen, James Fitzjames. *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)*, St. Louis, F. H. Thomas and Co., 1878 (reprinted Littleton (Colorado), Fred B. Rothman & Co., 1991).

Stephen, James Fitzjames. *A General View of the Criminal Law of England*, 2nd ed., London, MacMillan and Co., 1890.

Stephen, James Fitzjames. *A History of the Criminal Law of England*, vol. II, London, MacMillan and Co., 1883 (reprinted Buffalo (N.Y.), William S. Hein & Co., 1983).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c., &c.*, Toronto, Carswell Co., 1893.

Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, as amended and in force on the 1st day of November, 1874, in the Provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia, New Brunswick, Manitoba, and, on the 1st day of January, 1875, in British Columbia, with Notes, Commentaries, Precedents of*

Indictments, &c., &c., &c. Montréal: Lovell Printing and Publishing Co., 1874.
Thomas, Courtney. "'Not Having God Before his Eyes': Bestiality in Early Modern England" (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149.
Tremeear's Annotated Criminal Code: Canada, 6th ed., by Leonard J. Ryan. Toronto: Carswell Co., 1964.
Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J. and Lowry and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51, 636 W.A.C. 51, 325 C.C.C. (3d) 73, 20 C.R. (7th) 413, [2015] B.C.J. No. 773 (QL), 2015 CarswellBC 1025 (WL Can.), setting aside the conviction for bestiality entered by Romilly J., 2013 BCSC 1327, [2013] B.C.J. No. 1620 (QL), 2013 CarswellBC 2238 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Mark K. Levitz, *Q.C.*, and *Laura Drake*, for the appellant.

Eric Purtzki and *Garth Barriere*, for the respondent.

Peter Sankoff and *Camille Labchuk*, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté and Brown JJ. was delivered by

Cromwell J. —

I. Introduction

[1] Sixty years ago, Parliament added an offence called bestiality to the English version of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 147 (the "1955 revisions"), but did not define its elements. Through successive — and substantial — amendments to the sexual offence provisions of the *Code*, Parliament has retained the offence of bestiality to the present day, but has never defined it. The crime is in fact a very old one which, at various times in its history, has also been referred to as a type of sodomy or buggery. But by whatever name it has been known in its

Indictments, &c., &c., &c., Montréal, Lovell Printing and Publishing Co., 1874.
Thomas, Courtney. « "Not Having God Before his Eyes" : Bestiality in Early Modern England » (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149.
Tremeear's Annotated Criminal Code : Canada, 6th ed., by Leonard J. Ryan, Toronto, Carswell Co., 1964.
Watt, David. *The New Offences Against the Person : The Provisions of Bill C-127*, Toronto, Butterworths, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Lowry et Goepel), 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51, 636 W.A.C. 51, 325 C.C.C. (3d) 73, 20 C.R. (7th) 413, [2015] B.C.J. No. 773 (QL), 2015 CarswellBC 1025 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité de bestialité inscrite par le juge Romilly, 2013 BCSC 1327, [2013] B.C.J. No. 1620 (QL), 2013 CarswellBC 2238 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Mark K. Levitz, *c.r.*, et *Laura Drake*, pour l'appelante.

Eric Purtzki et *Garth Barriere*, pour l'intimé.

Peter Sankoff et *Camille Labchuk*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Côté et Brown rendu par

Le juge Cromwell —

I. Introduction

[1] Il y a 60 ans, le législateur a ajouté une infraction appelée « *bestiality* » (bestialité) à la version anglaise du *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, art. 147 (la « révision de 1955 »), sans toutefois en définir les éléments constitutifs. Par le truchement de modifications successives — et substantielles — apportées aux dispositions du *Code* portant sur les infractions d'ordre sexuel, le législateur a maintenu l'infraction de bestialité jusqu'à ce jour, mais il ne l'a jamais définie. Il s'agit en fait d'une très ancienne infraction qui, à diverses époques, a aussi

long history, sexual penetration has always been one of its essential elements. Whether that is still the case under our present *Code* is the question that divided the British Columbia courts and now comes to us on appeal.

[2] The appellant Crown argues that bestiality no longer requires penetration, and is committed by engaging in any sexual activity with an animal. This submission asks us, in effect, to create a new crime. But that is not our role.

[3] In Canada, there can be no liability for common law crimes apart from criminal contempt of court: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 9. As a result, changes to the scope of criminal liability must be made by Parliament; judges are not to change the elements of crimes in ways that seem to them to better suit the circumstances of a particular case: D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (1989), at pp. 124 and 148. To accept the Crown's invitation to expand the scope of the crime of bestiality would be to turn back the clock and re-enter the period before codification of our criminal law, a period when the courts rather than Parliament could change the elements of criminal offences. My colleague Justice Abella is of the view that accepting the Crown's position on this appeal would not widen the scope of bestiality. But of course it would. That is the point of the Crown's position. If the Crown's proposed changes to the elements of bestiality are to be made, they must be made by Parliament.

[4] Like the majority of the Court of Appeal, I conclude that penetration remains, as it has always been, an essential element of the offence of bestiality. I would dismiss the appeal.

été décrite comme une forme de sodomie. Mais, quel que soit le nom qu'on lui a donné au cours de sa longue histoire, la pénétration sexuelle a toujours constitué un de ses éléments essentiels. La question de savoir si cela est toujours le cas selon le *Code* actuel a divisé les tribunaux de la Colombie-Britannique et nous en sommes maintenant saisis dans le présent pourvoi.

[2] Le ministère public appelant soutient que l'infraction de bestialité n'exige plus la pénétration, et qu'elle est commise lorsqu'une personne se livre à une activité sexuelle avec un animal. En avançant cette thèse, il nous demande en fait de créer un nouveau crime. Or, là n'est pas notre rôle.

[3] Au Canada, on ne peut être tenu responsable d'un crime de common law, hormis l'outrage criminel au tribunal (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 9). Par conséquent, seul le législateur peut modifier l'étendue de la responsabilité criminelle; les juges ne peuvent modifier les éléments constitutifs d'un crime d'une façon qui, selon eux, conviendrait mieux dans les circonstances d'une affaire (D. H. Brown, *The Genesis of the Canadian Criminal Code of 1892* (1989), p. 124 et 148). Accepter l'invitation du ministère public d'étendre la portée du crime de bestialité équivaudrait à faire reculer l'horloge du temps et à revenir à l'époque antérieure à la codification de notre droit criminel, une période au cours de laquelle les tribunaux et non le législateur pouvaient modifier les éléments constitutifs des infractions criminelles. Ma collègue la juge Abella estime qu'accepter la thèse du ministère public n'aurait pas pour effet d'élargir la portée de la bestialité. Mais il va sans dire que ce serait le cas. C'est la raison d'être de la thèse du ministère public. S'il convient de modifier les éléments du crime de bestialité de la manière proposée par le ministère public, c'est au législateur qu'il revient de le faire.

[4] À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je conclus que la pénétration demeure, comme cela a toujours été le cas, un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Outline of the Facts and Judicial History

[5] This appeal relates solely to the respondent D.L.W.'s conviction for a single count of bestiality. That conviction was entered after a 38-day trial, at which the respondent was also convicted of numerous other sexual offences against his two stepdaughters committed over the course of 10 years: 2013 BCSC 1327. Both victims testified that the respondent began sexually fondling them by the age of 12 and, by the time they turned 14, he was forcing them to engage in oral sex and sexual intercourse and encouraging them to perform sex acts with each other. He was sentenced to a total of 16 years' imprisonment. For the bestiality conviction in relation to the older complainant, he received a sentence of two years to run consecutively to sentences totalling 14 years imposed in relation to the other offences: 2014 BCSC 43.

[6] The trial judge, Romilly J., found that the respondent first brought the family dog into the bedroom with the complainant when she was 15 or 16 years old. He attempted to make the dog have intercourse with her and, when that failed, he spread peanut butter on her vagina and took photographs while the dog licked it off. He later asked her to do this again so he could make a video. The judge found that the respondent did all of this for a sexual purpose: 2013 BCSC 1327, at paras. 317-18 (CanLII).

[7] Bestiality is not defined in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides simply:

160 (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

II. Aperçu des faits et historique judiciaire

[5] Le présent pourvoi concerne seulement la déclaration de culpabilité de l'intimé D.L.W. quant à un seul chef d'accusation de bestialité. Cette déclaration de culpabilité a été prononcée au terme d'un procès de 38 jours, à l'issue duquel l'intimé a aussi été reconnu coupable de nombreuses autres infractions d'ordre sexuel commises contre ses deux belles-filles sur une période de 10 ans (2013 BCSC 1327). Les deux victimes ont déclaré que l'intimé avait commencé à se livrer à des attouchements sexuels sur leur personne quand elles avaient 12 ans et que, lorsqu'elles ont eu 14 ans, il les forçait à avoir des rapports sexuels oraux et à avoir des relations sexuelles, et il les encourageait à se livrer à des actes sexuels entre elles. Il a été condamné à purger un total de 16 ans d'emprisonnement. En ce qui concerne la déclaration de culpabilité pour bestialité à l'égard de la plaignante plus âgée, il a été condamné à une peine de deux ans à purger consécutivement aux autres peines totalisant 14 ans infligées à l'égard des autres infractions (2014 BCSC 43).

[6] Le juge du procès, le juge Romilly, a conclu que la plaignante était âgée de 15 ou 16 ans la première fois que l'intimé a amené le chien de la famille dans la chambre avec elle. L'intimé a alors tenté de faire en sorte que le chien ait des rapports sexuels avec elle et, lorsque cela n'a pas fonctionné, il a étendu du beurre d'arachides sur son vagin et a pris des photos pendant que le chien le léchait. Il a par la suite demandé à la plaignante de le refaire pour qu'il puisse l'enregistrer sur vidéo. Le juge a conclu que l'intimé avait agi de la sorte à des fins d'ordre sexuel (2013 BCSC 1327, par. 317-318 (CanLII)).

[7] Le terme « bestialité » n'est pas défini dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui dispose simplement que :

160 (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

The issue at trial and both levels of appeal concerns whether penetration is an essential element of the offence. If it is, the respondent must be acquitted as the alleged acts did not involve sexual penetration.

[8] The trial judge accepted the Crown's position that penetration is not required. In his view, bestiality in the *Code* means touching between a person and an animal for a person's sexual purpose. Relying on *R. v. M.G.*, 2002 CanLII 45200 (C.Q.), the judge rejected the notion that the elements of bestiality were "frozen in time", preferring instead to interpret the elements of bestiality so that they would "reflect current views on what constitutes prohibited sexual acts": paras. 314-15. He held that the respondent was a party to this offence because he facilitated the complainant's participation in bestiality by encouraging her to do so and by using the peanut butter: para. 320. The judge also concluded that the Crown had failed to prove that the respondent had compelled the complainant to commit the offence: para. 326. In other words, the trial judge in effect held that the complainant was the principal (but uncharged) offender and the respondent was a party to the offence which the complainant had committed. The Crown refers to this conclusion as "questionable" but it is relevant to the legal issue we face in this appeal to consider that the Crown's position, if accepted, could have the effect of turning the victim into an offender.

[9] A majority of the Court of Appeal (Goepel J.A. writing for himself and Lowry J.A.) allowed the respondent's appeal against the bestiality conviction and acquitted the respondent of the bestiality count: 2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51. The majority concluded that the term "bestiality" had a common law meaning that included penetration as one of its essential elements. The legislative history of the offence in Canada, the majority decided, did not show any parliamentary intent to depart from that meaning. Bauman C.J.B.C., dissenting, would have

La question soulevée au procès et aux deux instances d'appel concerne le point de savoir si la pénétration est un élément essentiel de l'infraction. Dans l'affirmative, l'intimé doit être acquitté étant donné que les actes reprochés n'impliquaient pas de pénétration sexuelle.

[8] Le juge du procès a retenu la thèse du ministère public selon laquelle la pénétration n'est pas nécessaire. À son avis, la bestialité au sens du *Code* s'entend des attouchements auxquels se livre une personne avec un animal à des fins d'ordre sexuel. S'appuyant sur *R. c. M.G.*, 2002 CanLII 45200 (C.Q.), le juge a rejeté l'idée que les éléments constitutifs de la bestialité étaient [TRADUCTION] « figé[s] dans le temps », préférant plutôt les interpréter de façon à ce qu'ils « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 314-315). Il a conclu que l'intimé avait participé à cette infraction parce qu'il avait facilité la perpétration d'actes de bestialité par la plaignante en l'encourageant à les commettre et en utilisant du beurre d'arachides (par. 320). Toujours selon le juge, le ministère public n'a pas établi que l'intimé avait forcé la plaignante à commettre l'infraction (par. 326). Autrement dit, le juge du procès a, dans les faits, conclu que la plaignante était la principale auteure de l'infraction (mais non inculpée) et l'intimé, un participant à l'infraction commise par la plaignante. Le ministère public qualifie cette conclusion de [TRADUCTION] « douteuse », mais elle est pertinente quant à la question de droit à laquelle nous devons répondre en l'espèce puisque, si elle est acceptée, la thèse du ministère aurait pour effet de faire de la victime l'auteure de l'infraction.

[9] La majorité de la Cour d'appel (le juge Goepel s'exprimant en son nom et en celui du juge Lowry) a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre la déclaration de culpabilité pour bestialité et elle l'a acquitté de ce chef d'accusation (2015 BCCA 169, 371 B.C.A.C. 51). La majorité a conclu que, suivant le sens qui a été donné au terme « bestialité » en common law, la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité. Selon les juges majoritaires, l'historique législatif de l'infraction au Canada ne démontre pas que le législateur a voulu s'écarter de

dismissed the appeal. He found that penetration was not an element of bestiality under the Canadian offence brought into force in 1955. The Crown appeals to this Court as of right by virtue of that dissent.

[10] The only issue is whether the majority of the Court of Appeal was wrong to conclude that penetration is an essential element of the offence of bestiality in s. 160(1) of the *Code*.

III. Analysis

A. *The Parties' Positions*

[11] The Crown's position is, first, that the term "bestiality" does not have a well-established and well-understood meaning in common law. In the early days of Canada's *Criminal Code*, sexual activity with an animal was criminalized, in the English version, as buggery, an offence which, in the Crown's submission, related only to anal intercourse, whether between humans or between a human and an animal. Next, the Crown submits that when the term "bestiality" was first used in the English version of the *Code* in the 1955 revisions, Parliament intended to separate it from the common law conception of buggery and give it its own meaning. Further, the argument goes that additional amendments to the *Code* effective in 1988 show that Parliament must have assumed that the term "bestiality" encompassed sexual activity of any kind between a human and an animal.

[12] The respondent, on the other hand, submits that when the term "bestiality" was introduced into the English version of the *Code* in 1955, that term had a specific, well-established and well-known legal meaning: vaginal or anal penetration between a human and an animal. Parliament, when it employed the term without further definition, must have intended its normal legal sense. None of the amendments on which the Crown relies affected the definition of the elements of the offence; Parliament simply continued to use the term without statutory definition.

ce sens. Le juge en chef Bauman, dissident, aurait rejeté l'appel. Il a conclu que la pénétration n'était pas un élément constitutif de l'infraction canadienne de bestialité qui est entrée en vigueur en 1955. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en raison de cette dissidence.

[10] La seule question en litige est de savoir si la majorité de la Cour d'appel a eu tort de conclure que la pénétration est un élément essentiel de l'infraction de bestialité prévue au par. 160(1) du *Code*.

III. Analyse

A. *Les thèses des parties*

[11] Le ministère public soutient d'abord que le terme « bestialité » n'a pas une signification bien établie et définie en common law. Le *Code criminel* du Canada a d'abord assimilé — si l'on se réfère à la version anglaise — le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un animal au crime de sodomie, qui concernait uniquement, selon le ministère public, les relations anales entre êtres humains ou entre un être humain et un animal. Le ministère public fait valoir ensuite que, lorsque le terme « *bestiality* » a été utilisé pour la première fois dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955, le législateur voulait distinguer la bestialité de la notion de sodomie en common law et lui donner sa propre signification. Toujours selon le ministère public, d'autres modifications apportées au *Code* en 1988 montrent que le législateur doit avoir tenu pour acquis que le terme « bestialité » englobe toute activité sexuelle entre un être humain et un animal.

[12] L'intimé, pour sa part, fait valoir que, lorsque le terme « *bestiality* » a été introduit dans la version anglaise du *Code* en 1955, il avait une signification précise, bien établie et bien connue en droit : la pénétration vaginale ou anale impliquant un être humain et un animal. Le législateur doit avoir voulu utiliser ce terme dans son sens juridique habituel lorsqu'il l'a employé sans le définir. Aucune des modifications sur lesquelles s'appuie le ministère public n'a eu d'incidence sur la définition des éléments de l'infraction; le législateur a simplement continué d'utiliser le terme sans le définir dans la loi.

B. *The Analytical Approach*

[13] The debate in this Court concerns whether the term "bestiality" has a well-understood legal meaning in the common law and, if so, whether Parliament intended to depart from that meaning when it used the word without further definition in the English version of the *Code*. At the root of the issue, therefore, is the question of how the common law and the statutory offences in the *Code* interact. This is an important question of principle that has implications far beyond this particular offence.

[14] The common law "forms an important and complex part of the context in which legislation is enacted and operates and in which it must be interpreted": R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §17.1. Nowhere in our law is this observation more apt than in relation to our *Code*.

[15] As I mentioned at the outset, criminal offences in Canada since 1955 have been entirely statutory (with the exception of criminal contempt). However, the common law continues to play an important role in defining criminal conduct. Defining the elements of statutory offences often requires reference to common law concepts: *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 930. Those concepts continue not only to illuminate the definition of statutory offences but also to give "content to the various principles of criminal responsibility those definitions draw from": *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 736. Many of the "basic premises" of the criminal law — the necessary conditions for criminal liability — are left to the common law: Law Reform Commission of Canada, Report 31, *Report on Recodifying Criminal Law* (1987), at p. 17.

[16] To take one obvious example, the mental element of many crimes is not specified in the *Code*.

B. *La méthode d'analyse*

[13] Le débat devant la Cour porte sur la question de savoir si le terme « *bestiality* » a un sens juridique bien défini en common law et, dans l'affirmative, si le législateur a voulu s'écarter de cette signification lorsqu'il a utilisé le terme sans le définir dans la version anglaise du *Code.* Le point de savoir comment interagissent la common law et les infractions prévues par le *Code* est donc au cœur du litige. Il s'agit d'une question de principe importante dont les ramifications vont bien au-delà de l'infraction de bestialité.

[14] La common law [TRADUCTION] « constitue une partie importante et complexe du contexte dans lequel les lois sont adoptées et s'appliquent, et dans lequel elles doivent être interprétées » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), §17.1). Cette observation n'est plus juste nulle part ailleurs en droit canadien qu'à l'égard de notre *Code*.

[15] Comme je l'ai mentionné d'entrée de jeu, depuis 1955, les infractions criminelles au Canada sont entièrement créées par la loi (sauf l'outrage criminel au tribunal). Toutefois, la common law continue de jouer un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue un comportement criminel. En effet, il faut souvent recourir à des notions de common law pour définir les éléments d'une infraction créée par la loi (*United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 930). Ces notions continuent non seulement d'éclairer la définition des infractions créées par la loi mais elles donnent également « substance aux divers principes de responsabilité criminelle dont ces définitions s'inspirent » (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 736). Bon nombre des « prémisses fondamentales » du droit criminel — les conditions nécessaires à la responsabilité criminelle — relèvent de la common law (Commission de réforme du droit du Canada, Rapport 31, *Rapport pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), p. 17).

[16] À titre d'exemple évident, l'élément moral de nombreux crimes n'est pas précisé dans le *Code.*

Yet, absent a contrary indication, Parliament is presumed to intend that true crimes have a subjective fault component. This is presumed because Parliament is taken to know that under the common law the act is not guilty unless the mind is guilty (*actus non facit reum nisi mens sit rea*): see, e.g., *R. v. A.D.H.*, 2013 SCC 28, [2013] 2 S.C.R. 269, at paras. 20-23. Of course, Parliament can provide otherwise, but where it does not, the common law principle is applied.

[17] The question of how the common law interacts with statutory criminal law is not a new one. It is addressed, for example, by several pages of Sir James Fitzjames Stephen's *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, at pp. 187-92. He concluded that there are four main ways in which criminal statutes may relate to the common law. The statute law may simply assume the continuing existence of some general principles and definitions of certain crimes. The statutes, in some instances, provide that some of those offences, aggravated or modified in particular ways, are subject to special punishments. In other instances, the statutes create offences unknown to the common law and, in a few cases, alter the principles and clarify the definitions of the common law. Determining which of these sorts of interactions applies in a particular offence is a matter of statutory interpretation.

[18] A number of principles guide statutory interpretation in this sort of case. The three most important are these. First, when Parliament uses a legal term with a well-understood legal meaning, it is presumed that Parliament intended to incorporate that legal meaning into the statute. Second, any departure from that legal meaning must be clear, either by express language or necessary implication from the statute. Finally, apart from criminal contempt, there can be no liability for common law crimes. Creating and defining crimes is for Parliament; the courts must not expand the scope of criminal liability beyond that established by Parliament.

Pourtant, sauf indication contraire, le législateur est présumé avoir voulu que les véritables crimes comportent un élément de faute subjectif. Il en est ainsi parce que le législateur est censé savoir que, selon la common law, un acte ne rend pas son auteur coupable à moins que ce dernier ait une intention coupable (*actus non facit reum nisi mens sit rea*) (voir, p. ex., *R. c. A.D.H.*, 2013 CSC 28, [2013] 2 R.C.S. 269, par. 20-23). Bien sûr, le législateur peut en disposer autrement, mais s'il ne le fait pas, le principe de common law s'applique.

[17] La question de savoir comment la common law interagit avec la législation criminelle ne date pas d'hier. Par exemple, Sir James Fitzjames Stephen en traite sur plusieurs pages dans son ouvrage intitulé *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. II, p. 187-192. Il conclut que les lois criminelles peuvent interagir avec la common law de quatre principales façons. D'abord, il arrive que les lois tiennent simplement pour acquis que des définitions et principes généraux relatifs à certains crimes subsistent. Il arrive aussi parfois qu'elles rendent passibles de peines spéciales certains de ces crimes, sous une forme aggravée ou modifiée de façon particulière. Dans d'autres cas, les lois créent des infractions qui n'existent pas en common law et, dans certains cas, elles modifient les principes et clarifient les définitions de la common law. Déterminer laquelle de ces interactions entre en jeu dans le cas d'une infraction donnée est une question d'interprétation législative.

[18] Un certain nombre de principes guident l'interprétation des textes de loi dans un cas de ce genre, dont voici les trois principaux. Premièrement, lorsque le législateur utilise un terme juridique au sens juridique bien défini, on présume qu'il a voulu incorporer cette signification juridique dans la loi. Deuxièmement, toute dérogation au sens juridique doit découler clairement des termes exprès de la loi ou s'en dégager par déduction nécessaire. Enfin, nul ne peut être tenu responsable d'un crime de common law, sauf l'outrage criminel au tribunal. Il revient au législateur de créer et de définir les crimes; les tribunaux ne doivent pas élargir la portée de la responsabilité criminelle au-delà de celle établie par le législateur.

[19] As I will explain, applying these principles leads me to the following conclusions. The term "bestiality" has a well-established legal meaning and refers to sexual intercourse between a human and an animal. Penetration has always been understood to be an essential element of bestiality. Parliament adopted that term without adding a definition of it and the legislative history and evolution of the relevant provisions show no intent to depart from the well-understood legal meaning of the term. Moreover, the courts should not, by development of the common law, broaden the scope of liability for this offence, as the trial judge did. Any expansion of criminal liability for this offence is within Parliament's exclusive domain. In short, this case falls within Stephen's first category: our *Code* assumes the continuing existence of the common law definition of this crime.

C. *The Accepted Legal Meaning of "Bestiality"*

(1) Parliament Intends the Legal Meaning of Legal Terms

[20] When Parliament uses a term with a legal meaning, it intends the term to be given that meaning. Words that have a well-understood legal meaning when used in a statute should be given that meaning unless Parliament clearly indicates otherwise. This principle has been applied in a number of cases such as *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915, at paras. 29-30; *Townsend v. Kroppmanns*, 2004 SCC 10, [2004] 1 S.C.R. 315, at para. 9; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association v. Canada (Revenue Agency)*, 2007 SCC 42, [2007] 3 S.C.R. 217, at paras. 8-23 and 48-49. Most recently in *R. v. Summers*, 2014 SCC 26, [2014] 1 S.C.R. 575, the Court noted that "Parliament is presumed to know the legal context in which it legislates" and that it is "inconceivable" that Parliament would intend to disturb well-settled law without "explicit language" or by "relying on inferences that could possibly be drawn from the order of certain provisions in the *Criminal Code*": paras. 55-56.

[19] Comme je vais l'expliquer, l'application de ces principes m'amène à tirer les conclusions suivantes. Le terme « bestialité » a un sens juridique bien établi et il s'entend des rapports sexuels entre un être humain et un animal. La pénétration a toujours été considérée comme un élément essentiel de la bestialité. Le législateur a adopté ce terme sans le définir, et l'historique et l'évolution des dispositions pertinentes ne démontrent pas qu'il avait l'intention de s'écarter de sa signification juridique bien définie. De plus, les tribunaux ne devraient pas, en faisant évoluer la common law, élargir la portée de la responsabilité afférente à cette infraction, comme l'a fait le juge du procès. Tout élargissement de la responsabilité criminelle liée à cette infraction relève de la compétence exclusive du législateur. En bref, la présente espèce entre dans la première catégorie mentionnée par Sir Fitzjames Stephen : notre *Code* tient pour acquis que la définition donnée par la common law à ce crime subsiste.

C. *Sens juridique reconnu de « bestialité »*

(1) Le législateur entend utiliser les termes juridiques dans leur sens juridique

[20] Lorsque le législateur utilise un terme comportant un sens juridique, il veut lui donner ce sens. Lorsqu'ils sont utilisés dans une loi, les mots qui ont une signification juridique bien définie devraient recevoir cette signification, sauf si le législateur indique clairement autre chose. Ce principe a été appliqué dans plusieurs arrêts tels que *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, par. 29-30; *Townsend c. Kroppmanns*, 2004 CSC 10, [2004] 1 R.C.S. 315, par. 9; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, 2007 CSC 42, [2007] 3 R.C.S. 217, par. 8-23 et 48-49. Plus récemment, dans *R. c. Summers*, 2014 CSC 26, [2014] 1 R.C.S. 575, la Cour a fait remarquer que « le législateur est présumé connaître le contexte juridique dans lequel il légifère » et qu'il est « inconcevable » qu'il ait voulu modifier une règle de droit bien établie sans le faire de « manière explicite » ou en « s'en remettant [. . .] à des inférences susceptibles d'être tirées de l'ordre d'apparition de certaines dispositions dans le *Code criminel* » (par. 55-56).

[21] There is also the related principle of stability in the law. Absent clear legislative intention to the contrary, a statute should not be interpreted as substantially changing the law, including the common law: see, generally, Sullivan, at §17.5; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at paras. 1793 ff. This principle, if applied too strictly, may lead to refusal to give effect to intended legislative change. But it nonetheless reflects the common sense idea that Parliament is deemed to know the existing law and is unlikely to have intended any significant changes to it unless that intention is made clear: *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, at p. 219; *Nadeau v. Gareau*, [1967] S.C.R. 209, at p. 218; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at p. 764. This principle is reflected in ss. 45(2) and 45(3) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which provide that the amendment of an enactment does not imply any change in the law and that the repeal of an enactment does not make any statement about the previous state of the law.

[22] While these interpretative principles are easy to state, how they apply in particular cases may be controversial. Sometimes, the controversy concerns the state of the common law when Parliament acted: in other words, the debate is about whether the term used had a clearly understood legal meaning when it was incorporated into the statute. For example, that was the source of the disagreement between the majority and minority in *A.Y.S.A.* More often, though, the difficult issue is whether Parliament has indicated an intention to depart from the accepted legal meaning.

[23] Both of these types of dispute arise in this case, and so I turn to the first question: Did the term "bestiality" have a clear legal meaning when Parliament used that term without further definition in the English version of the 1955 *Code*?

[21] Il y a aussi le principe connexe de la stabilité du droit. En l'absence d'une intention contraire exprimée clairement par le législateur, une loi ne devrait pas être interprétée de façon à modifier substantiellement le droit, y compris la common law (voir, de façon générale, Sullivan, §17.5; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4e éd. 2009), par. 1793 et suiv.). Ce principe, s'il est appliqué de façon trop stricte, peut mener au refus de donner effet à une modification que le législateur a souhaité faire. Cependant, il traduit l'idée, conforme au bon sens, que le législateur est censé connaître le droit existant et qu'il n'a probablement pas voulu y apporter de changements importants à moins de l'indiquer clairement (*Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214, p. 219; *Nadeau c. Gareau*, [1967] R.C.S. 209, p. 218; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 764). Ce principe est exprimé aux par. 45(2) et (3) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, qui disposent que la modification d'un texte ne suppose pas un changement des règles de droit et que son abrogation ne constitue pas une déclaration sur l'état antérieur du droit.

[22] Bien que ces principes d'interprétation soient faciles à énoncer, la façon de les appliquer dans un cas particulier peut prêter à controverse. Parfois la controverse porte sur l'état de la common law au moment où le législateur a agi : autrement dit, le débat porte alors sur la question de savoir si le terme utilisé avait un sens juridique bien défini lorsqu'il a été introduit dans la loi. À titre d'exemple, tel était le point de désaccord entre la majorité et la minorité dans *A.Y.S.A.* Le plus souvent toutefois, la question qui pose problème consiste à savoir si le législateur a manifesté l'intention de s'écarter du sens juridique reconnu.

[23] Ces deux types de litige sont présents en l'espèce. Je passe donc à l'examen de la première question : Le terme « *bestiality* » avait-il un sens juridique clair lorsque le législateur l'a utilisé sans le définir dans la version anglaise du *Code* de 1955?

(2) Bestiality Meant Buggery With an Animal and Required Penetration

(a) *Introduction*

[24] The ancient offence of sexual intercourse with an animal was, at various times, referred to as a type of sodomy, a type of buggery and as bestiality. As we shall see, whatever it was called, the offence required penetration.

[25] The first Canadian offence of buggery with an animal was taken almost word for word from the English *Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100 ("*1861 Act*"), s. 61. The offence in substantially that form was carried over into the first English version of the Canadian *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29 ("*1892 Code*"), and continued to be in force until the offence called bestiality was introduced into the English version of the *Code* in the 1955 revisions: s. 147. It follows that our starting place in developing an understanding of the Canadian law is the English law from which it derived.

(b) *English Offence*

[26] Although bestiality was often subsumed in terms such as sodomy or buggery, penetration was the essence — "the defining act" — of the offence. It was clear that to secure a conviction, the prosecution had to prove that "penetration of an animal, or, in the case of women, penetration by an animal, had occurred": C. Thomas, "'Not Having God Before his Eyes': Bestiality in Early Modern England" (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149, at p. 153. This was true from at least the mid-16th century: Thomas, at p. 154; see also A. F. Niemoeller, *Bestiality and the Law: A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present* (1946); and H. Miletski, "A history of bestiality", in A. M. Beetz and A. L. Podberscek, eds., *Bestiality and Zoophilia: Sexual Relations with Animals* (2005), 1.

(2) La bestialité s'entendait d'un acte de sodomie avec un animal et exigeait une pénétration

a) *Introduction*

[24] L'ancienne infraction consistant à avoir des rapports sexuels avec un animal a été à différentes époques considérée comme un type de sodomie et un acte de bestialité. Comme nous le verrons, quel que soit le nom qu'on lui donnait, l'infraction exigeait qu'il y ait eu pénétration.

[25] La première infraction canadienne de sodomie avec un animal a été tirée presque mot pour mot de la loi d'Angleterre intitulée *The Offences against the Person Act, 1861*, 24 & 25 Vict., c. 100 (la « *Loi de 1861* »), art. 61. L'infraction a été importée essentiellement sous cette forme dans la première version anglaise du *Code criminel, 1892* canadien, S.C. 1892, c. 29 (« *Code de 1892* »), et elle est demeurée en vigueur jusqu'à ce que l'infraction appelée *bestiality* soit introduite dans la version anglaise du *Code* lors de la révision de 1955 (art. 147). Il faut donc, pour arriver à saisir le droit canadien, prendre comme point de départ le droit anglais d'où il prend sa source.

b) *L'infraction anglaise*

[26] Bien que la bestialité ait souvent été désignée par le terme « sodomie », la pénétration constituait l'élément essentiel — « l'acte définitoire » — de l'infraction. Il ne faisait aucun doute que, pour obtenir une déclaration de culpabilité, la poursuite devait établir qu'[TRADUCTION] « un acte de pénétration avait été commis sur un animal ou, dans le cas d'une femme, que l'acte de pénétration avait été commis par un animal » (C. Thomas, « "Not Having God Before his Eyes" : Bestiality in Early Modern England » (2011), 26 *The Seventeenth Century* 149, p. 153). Il en a été ainsi au moins à partir du milieu du seizième siècle (Thomas, p. 154; voir aussi A. F. Niemoeller, *Bestiality and the Law : A Resume of the Law and Punishments for Bestiality with Typical Cases from Fifteenth Century to the Present* (1946); et H. Miletski, « A history of bestiality », dans A. M. Beetz et A. L. Podberscek, dir., *Bestiality and Zoophilia : Sexual Relations with Animals* (2005), 1).

[27] Originally under the authority of the Church Courts, "buggery comyttid with mankynde or beaste" became a felony in 1533: *An Acte for the punysshement of the vice of Buggerie* (Eng.), 25 Hen. 8, c. 6. It was typically men who were prosecuted for the crime because it was necessary to prove penetration to establish the commission of the offence. Women were therefore "unlikely offenders": Thomas, at p. 158. There were nevertheless some prosecutions of women for the offence and men were prosecuted for penetrating both male and female animals: Thomas, at p. 158. Edward Coke described buggery as including carnal knowledge (i.e. penetration) between a man or a woman and an animal: *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797, first published 1644), at p. 59.

[28] The statute from Henry's time was repealed in 1553 but reinstated in 1562 and remained in that form until it was confirmed in 1828: *An Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person* (U.K.), 9 Geo. 4, c. 31 (the "1828 statute"). That statute of 1828 clarified that "actual Emission of Seed" was not an essential element of the offence, and further that "carnal Knowledge" would be "deemed complete upon Proof of Penetration only": s. 18; see G. Parker, "Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime", in L. A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, at pp. 292-93.

[29] All of the other old sources that I have reviewed confirm that penetration was an essential element of the offence and that buggery with an animal was not restricted to anal intercourse: see, e.g., M. Hale, *Pleas of the Crown: A Methodical Summary* (1678), at p. 117; M. Hale, *Historia Placitorum Coronae* (1736), vol. I, at p. 669; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, at p. 480. (I pause to note that, contrary to Justice Abella's understanding, there was no uncertainty

[27] Relevant au départ des tribunaux ecclésiastiques, l'[TRADUCTION] « acte de sodomie commis avec un être humain ou un animal » est devenu un crime en 1533 (*An Acte for the punysshement of the vice of Buggerie* (Angl.), 25 Hen. 8, c. 6). C'était habituellement des hommes qui faisaient l'objet de poursuites parce qu'il était nécessaire de prouver qu'il y avait eu pénétration pour établir que l'infraction avait été commise. Les femmes étaient donc des [TRADUCTION] « auteures improbables de l'infraction » (Thomas, p. 158). Il arrivait tout de même parfois que des femmes soient poursuivies pour cette infraction, et des hommes faisaient l'objet de poursuites pour avoir pénétré des animaux mâles et femelles (Thomas, p. 158). Edward Coke indique que la sodomie comprend la connaissance charnelle (c.-à-d. la pénétration) entre un homme ou une femme et un animal (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown, and Criminal Causes* (1797, publié pour la première fois en 1644), p. 59).

[28] La loi adoptée à l'époque d'Henri VIII a été abrogée en 1553, mais rétablie en 1562, et elle est demeurée en vigueur sous cette forme jusqu'à ce qu'elle soit confirmée en 1828 (*An Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person* (R.-U.), 9 Geo. 4, c. 31 (la « *Loi de 1828* »)). La *Loi de 1828* précisait que [TRADUCTION] « l'émission de semence » n'était pas un élément essentiel de l'infraction, et que la « connaissance charnelle » serait « réputée complète sur preuve de la pénétration seule » (art. 18; voir G. Parker, « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », dans L. A. Knafla, dir., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, p. 292-293).

[29] Toutes les autres sources anciennes que j'ai étudiées confirment que la pénétration était un élément essentiel de l'infraction et qu'un acte de sodomie commis avec un animal ne se limitait pas à une relation sexuelle anale (voir, p. ex., M. Hale, *Pleas of the Crown : A Methodical Summary* (1678), p. 117; M. Hale, *Historia Placitorum Coronae* (1736), vol. I, p. 669; E. H. East, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1803), vol. I, p. 480). (Je signale que, contrairement à ce que pense la juge

about whether penetration was required. Neither the Crown nor the dissenting judge in the Court of Appeal thought that there was any lack of clarity about the fact that penetration was required before the 1955 revisions.)

[30] This was the state of the law when the English *1861 Act* was enacted. Under the title "Unnatural Offences" and with the marginal note "Sodomy and Bestiality", the *1861 Act* provided:

> **61.** Whosoever shall be convicted of the abominable Crime of Buggery, committed either with Mankind or with any Animal, shall be liable, at the Discretion of the Court, to be kept in Penal Servitude for Life or for any Term not less than Ten Years.

The *1861 Act* in s. 63 also continued the 1828 clarifications that emission of seed was not required but that penetration was.

[31] The fifth edition of *Russell on Crime* deals with the s. 61 offence under the heading "sodomy", making it clear that that term included buggery "with any animal": W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (5th ed. 1877), at p. 879. The author goes on to state that the s. 61 offence "consists in a carnal knowledge committed against the order of nature [i.e. *per anum*] by man with man; or in the same unnatural manner with woman; or by man or woman in any manner with beast": *ibid.* (emphasis added). "[C]arnal knowledge" meant penetration: *ibid.*, at pp. 879-80. That penetration was required was made explicit in the English 1878 Draft Code: s. 101(*a*). This is also the case in the Draft Code appended to the *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences* (1879) (the "1879 Draft Code"), s. 144 (Appendix, at p. 95). That Draft Code tracked the language of the *1861 Act* by providing that "[e]very one shall be guilty of an indictable offence . . . who commits buggery either with a human being or with any other living creature": *ibid.* The provision went on to specify that the offence was complete upon penetration. In their commentary on the 1879 Draft Code, the Commissioners did not note any change

Abella, il n'y avait aucune incertitude quant à savoir si la pénétration était nécessaire. Ni le ministère public, ni le juge dissident, de la Cour d'appel ne croyaient qu'il y avait de la confusion à cet égard avant la révision de 1955.)

[30] Tel était l'état du droit lorsque la *Loi de 1861* de l'Angleterre a été adoptée. Sous le titre [TRADUCTION] « Infractions contre nature », l'art. 61, auquel était accolé la note marginale « Sodomie et bestialité », était libellé comme suit :

> [TRADUCTION] **61.** Quiconque est reconnu coupable du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, est passible, à la discrétion de la Cour, de travaux forcés à perpétuité ou d'une peine minimale de dix ans.

À l'instar de la *Loi de 1828*, la *Loi de 1861*, à l'art. 63, précisait que l'émission de semence n'était pas requise, mais que la pénétration l'était.

[31] La cinquième édition de *Russell on Crime* traite de l'infraction prévue à l'art. 61 sous la rubrique [TRADUCTION] « sodomie », ce qui indique clairement que le terme englobe un acte de sodomie commis « avec un animal » (W. O. Russell, *A Treatise on Crimes and Misdemeanors* (5e éd. 1877), p. 879). L'auteur ajoute que cette infraction « consiste en une connaissance charnelle contre nature [c.-à-d. anale] entre deux hommes ou une telle connaissance charnelle entre homme et femme, ou toute connaissance charnelle entre un homme ou une femme et un animal » (*ibid.* (je souligne)). Le terme « connaissance charnelle » signifiait pénétration (*ibid.*, p. 879-880). L'exigence de pénétration a été mentionnée expressément dans le *Draft Code* anglais de 1878 (al. 101(*a*)). Il en est de même dans le *Draft Code* annexé au *Report of the Royal Commission appointed to consider the Law relating to Indictable Offences* (1879) (le « *Draft Code* de 1879 »), art. 144 (annexe, p. 95). Ce projet de code reprend le libellé de la *Loi de 1861* : [TRADUCTION] « [e]st coupable d'un acte criminel quiconque [. . .] commet un acte de sodomie soit avec un être humain, soit avec tout autre être vivant » (*ibid.*). La disposition précisait en outre que l'infraction était complète dès lors qu'il y avait

from the previous law with respect to the elements of the offence: pp. 21-22.

[32] The requirement for penetration is reflected in Sir James Fitzjames Stephen's *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)* (1878), art. 168, at p. 115. (Remember that since the 1828 statute, it had been clear that the "actual Emission of Seed" was not required and that "carnal Knowledge" would be "deemed complete upon Proof of Penetration only": s. 18.)

[33] The old case law is not abundant, but what there is supports the view that penetration was an essential element of the offence. In *R. v. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272, a case of bestiality with a ewe, Park J. directed the jury that if there was penetration, even though there had been no emission, the offence was complete.

[34] This understanding of the offence continued in England for many years. Later commentators are almost uniformly of the view that buggery with an animal required penetration. I have already referred to *Russell on Crime*. In 1957, in *Sexual Offences: A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, at p. 345, the director of the department, Leon Radzinowicz, commented on s. 12(1) of the *Sexual Offences Act, 1956* (U.K.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, which made it a felony for a person to commit buggery with another person or with an animal. This section is virtually identical to the version of the offence found in the *1861 Act* and therefore to the English version of the Canadian offence up until 1955. The report explains that

> [t]he crime consists of carnal knowledge, or sexual intercourse, by man with man *per anum*, man with woman *per anum*, or man or woman with beast in any manner. The word 'sodomy' is frequently used to indicate the

eu pénétration. Dans leurs commentaires concernant le *Draft Code* de 1879, les commissaires n'ont relevé aucune modification du texte législatif antérieur en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction (p. 21-22).

[32] L'exigence de pénétration trouve écho dans l'ouvrage de Sir James Fitzjames Stephen intitulé *A Digest of the Criminal Law (Crimes and Punishments)* (1878), art. 168, p. 115 (rappelons que depuis l'adoption de la *Loi de 1828*, il était clair que « l'émission de semence » n'était pas requise et que la « connaissance charnelle » serait « réputée complète sur preuve de la pénétration seule » (art. 18)).

[33] La jurisprudence ancienne est peu abondante, mais celle dont nous disposons permet d'affirmer que la pénétration était un élément essentiel de l'infraction. Dans *R. c. Cozins* (1834), 6 Car. & P. 351, 172 E.R. 1272, une décision portant sur un acte de bestialité commis avec une brebis, le juge Park a précisé au jury que s'il y avait eu pénétration, l'infraction était complète même s'il n'y avait pas eu émission de semence.

[34] Cette conception de l'infraction a perduré en Angleterre pendant de nombreuses années. Les auteurs plus contemporains sont presque tous d'avis que l'infraction de sodomie avec un animal exigeait la pénétration. J'ai déjà fait référence à *Russell on Crime*. En 1957, dans *Sexual Offences : A Report of the Cambridge Department of Criminal Science*, p. 345, le directeur du département, Leon Radzinowicz, a commenté le par. 12(1) de la *Sexual Offences Act, 1956* (R.-U.), 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, suivant lequel commettait un crime quiconque se livrait à un acte de sodomie avec une autre personne ou un animal. Cette infraction est pratiquement identique à celle que l'on retrouve dans la *Loi de 1861* et, par le fait même, à la version anglaise de l'infraction canadienne jusqu'en 1955. Le rapport explique que

> [TRADUCTION] [l]e crime consiste en une connaissance charnelle ou des rapports sexuels anaux entre deux hommes ou entre un homme et une femme, ou tout rapport sexuel entre un homme ou une femme et un animal.

offence when committed with mankind, and 'bestiality' when committed with an animal. [p. 345]

On utilise souvent le terme « sodomie » pour désigner l'infraction lorsqu'elle est commise avec un être humain, et le terme « bestialité » lorsqu'elle est commise avec un animal. [p. 345]

[35] The 1965 edition of the English criminal law treatise by J. C. Smith and B. Hogan described the elements of buggery at common law as an "intercourse *per anum* by a man with a man or woman; or intercourse *per anum* or *per vaginam* by a man or a woman with an animal": *Criminal Law* (1965), at p. 321 (footnotes omitted).

[35] L'édition de 1965 du traité de droit criminel anglais de J. C. Smith et de B. Hogan décrit en ces termes les éléments constitutifs de la sodomie en common law : [TRADUCTION] « une relation sexuelle anale entre deux hommes ou entre un homme et une femme ou une relation sexuelle anale ou vaginale entre un homme ou une femme et un animal » (*Criminal Law* (1965), p. 321 (notes de bas de page omises)).

[36] The later case law is also consistent with this view. In *R. v. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125, in upholding convictions of a husband for aiding and abetting his wife to commit buggery with a dog, Lord Chief Justice Goddard stated that "if a woman has connection with a dog, or allows a dog to have connection with her, that is the full offence of buggery": p. 128. The court noted that the offence was "commonly called bestiality": p. 127.

[36] La jurisprudence plus récente s'accorde également avec ce point de vue. Dans *R. c. Bourne* (1952), 36 Cr. App. R. 125, le lord juge en chef Goddard a dit ce qui suit lorsqu'il a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre un mari pour avoir aidé et encouragé sa femme à commettre un acte de sodomie avec un chien : [TRADUCTION] « . . . si une femme a des rapports sexuels avec un chien, ou permet qu'un chien ait une relation sexuelle avec elle, l'infraction de sodomie est complète » (p. 128). La cour a en outre relevé que l'infraction était « communément appelée "bestialité" » (p. 127).

(c) *Canadian Offence*

c) *L'infraction canadienne*

[37] In Canada, as in England, the early history of the offence shows that what was commonly called "bestiality" was subsumed under the offences named sodomy or buggery and that penetration was one of its essential elements.

[37] Au Canada, tout comme en Angleterre, il ressort des origines de l'infraction que ce que l'on appelait communément « bestialité » était compris dans l'infraction appelée sodomie et que la pénétration était l'un de ses éléments essentiels.

[38] The English *1861 Act* was adopted, almost word for word, by the first English version of the Canadian codification of the offence in 1869: *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20, s. 63. With the marginal note "[s]odomy and bestiality", the following offence appears:

[38] Le libellé de la *Loi de 1861* de l'Angleterre a été repris pratiquement tel quel dans la première version anglaise de la codification de l'infraction au Canada en 1869 (*An Act respecting Offences against the Person* (*Acte concernant les offenses contre la Personne*), S.C. 1869, c. 20, art. 63). L'infraction suivante y figure, accompagnée de la note marginale « *[s]odomy and bestiality* » (sodomie et bestialité) :

63. Whosoever is convicted of the abominable crime of buggery committed either with mankind or with any

63. Whosoever is convicted of the abominable crime of buggery committed either with mankind or with any

animal, shall be liable to be imprisoned in the Penitentiary for life, or for any term not less than two years.

[39] The French version of this provision, with the marginal note "*[s]odomie*" reads as follows:

63. Quiconque est convaincu du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, sera passible de l'incarcération dans le pénitencier pour la vie, ou pour un terme de pas moins de deux ans.

[40] In 1874, Henri Elzéar Taschereau (later a judge of this Court) published *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, &c*. He confirms that the offence of sodomy or buggery with an animal is committed by carnal knowledge by mankind or by womankind with "brute beast" and that "[a]s in the case of rape, penetration alone is sufficient to constitute the offence": pp. 344-45. He also provides a model indictment for both buggery by a human and for buggery with an animal, referring to the latter as bestiality: p. 345.

[41] The 1869 provision, with minor amendments in 1886, was incorporated into the first Canadian *Criminal Code* in 1892: *An Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience*, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1; *1892 Code*, s. 174. This version of the offence remained in force until the 1955 revisions: *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, s. 202; *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 202. It is worth noting that while the English version continued to refer to "buggery . . . with any other living creature", the French version used the word "*bestialité*" to express this part of the English version of the offence. The word "*bestialité*" has been used consistently since the 1886 Act and in all French versions of the *Code* since 1892. The English version read:

174. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery,

animal, shall be liable to be imprisoned in the Penitentiary for life, or for any term not less than two years.

[39] La version française de la disposition précitée, accompagnée de la note marginale « [s]odomie », est ainsi libellée :

63. Quiconque est convaincu du crime abominable de sodomie, commis soit avec un être humain, soit avec un animal, sera passible de l'incarcération dans le pénitencier pour la vie, ou pour un terme de pas moins de deux ans.

[40] En 1874, Henri Elzéar Taschereau (plus tard juge de la Cour) a publié *The Criminal Law Consolidation and Amendment Acts of 1869, 32-33 Vict. for the Dominion of Canada, with Notes, Commentaries, Precedents of Indictments, &c.* Il confirme que l'infraction de sodomie avec un animal est commise lorsqu'il y a connaissance charnelle entre un homme ou une femme et une [TRADUCTION] « bête brute » et que « [t]out comme dans le cas du viol, la pénétration est suffisante à elle seule pour constituer l'infraction » (p. 344-345). Il propose également un modèle d'acte d'accusation pour la sodomie pratiquée par un être humain et la sodomie avec un animal, qu'il appelle bestialité (p. 345).

[41] La disposition de 1869, à laquelle des modifications mineures ont été apportées en 1886, a été intégrée au premier *Code criminel* canadien en 1892 (*Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques*, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1; *Code de 1892*, art. 174). Cette version de l'infraction est demeurée en vigueur jusqu'à la révision de 1955 (*Code criminel*, S.R.C. 1906, c. 146, art. 202; *Code criminel*, S.R.C. 1927, c. 36, art. 202). Il vaut la peine de signaler que, même si la version anglaise renfermait toujours l'expression « *buggery [. . .] with any other living creature* », le terme « bestialité » était employé dans la version française pour exprimer cette partie de la version anglaise de l'infraction. Le terme « bestialité » a été employé invariablement depuis la loi de 1886 et dans toutes les versions françaises du *Code* depuis 1892. Voici le texte de la version anglaise :

174. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery,

either with a human being or with any other living creature.

[42] The French version was as follows:

174. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

[43] As in England, the English language version of the Canadian statutes simply provided that buggery with an animal (i.e. "any other living creature") was an offence, but did not further define it. However, the French version equivalent of "buggery . . . with any other living creature" being "*bestialité*" shows that buggery with an animal and bestiality were the same thing. Thus, the use of these legal words without statutory definition puts this provision into Stephen's first category of how the statute and the common law interact: the statute assumes "in the reader a previous knowledge . . . of the common law definitions of certain crimes which the Act punishes but does not define": J. F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (2nd ed. 1890), at p. 109; see also Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, at pp.188-91. Professor Sullivan refers to this legislative technique as "incorporation": a legal term (in this case, buggery with an animal/*la bestialité*) is incorporated into the legislation with the legislative intent that it will continue to bear its common law meaning (§17.1).

[44] Sources just before and contemporaneous with the *1892 Code* confirm that this offence required penetration.

[45] Before the *1892 Code*, George Wheelock Burbidge defines the crime of sodomy, in part, as consisting of carnal knowledge (i.e. sexual penetration) of any animal: *A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)* (1890), at p. 161 (art. 213). After the *Code*, H. E. Taschereau's 1893 annotated *Criminal Code* (i.e., commentaries, annotations and precedents on the *1892 Code*) states in relation to the buggery with an animal offence

either with a human being or with any other living creature.

[42] Voici le texte de la version française :

174. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

[43] Tout comme en Angleterre, la version de langue anglaise des lois canadiennes prévoyait simplement que la sodomie avec un animal (soit « *any other living creature* » (tout autre être vivant)) était une infraction, mais elle ne l'a pas définie davantage. Or, comme l'équivalent français de « *buggery [. . .] with any other living creature* » est « bestialité », cela démontre que « *buggery with an animal* » et « bestialité » désignent la même chose. Ainsi, l'utilisation de ces termes juridiques en l'absence de définition dans la loi place cette disposition dans la première catégorie d'interaction entre la loi et la common law décrite par Sir Stephen : la loi tient pour acquis que [TRADUCTION] « le lecteur connaît déjà [. . .] les définitions que donne la common law de certains crimes que la Loi sanctionne mais ne définit pas » (J. F. Stephen, *A General View of the Criminal Law of England* (2e éd. 1890), p. 109; voir également Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, p. 188-191). La professeure Sullivan appelle cette technique législative l'« incorporation » : un terme juridique (en l'occurrence, la bestialité/*buggery with an animal*) est intégré à la loi dans le but qu'il conserve le sens qu'il a en common law (§17.1).

[44] La doctrine publiée juste avant l'adoption du *Code de 1892* ou à la même époque confirme que l'infraction susmentionnée exigeait une pénétration.

[45] Avant le *Code de 1892*, George Wheelock Burbidge indique que le crime de sodomie s'entend entre autres de la connaissance charnelle (c.-à-d. la pénétration) avec un animal (*A Digest of the Criminal Law of Canada (Crimes and Punishments)* (1890), p. 161 (art. 213)). Après le *Code*, le *Criminal Code* annoté de 1893 de H. E. Taschereau (commentaires, annotations et précédents concernant le *Code de 1892*) mentionne, en ce qui concerne l'infraction

found in s. 174 that "[a]s in the case of rape, penetration alone is sufficient to constitute the offence": *The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c.* (1893), at p. 117.

[46] The pre-1955 case of *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), is also consistent with the view that penetration was required. The court said that "there was penetration to some extent, and even if the penetration was to a very slight degree, the offence of bestiality would be thereby committed": para. 2. In *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (B.C.C.A.), the court relied on the English decision of *Bourne*, which I have referred to earlier and which stated that penetration was required.

[47] In my view, there can be no serious dispute that the Canadian offence of buggery with an animal/*la bestialité* in the *1892 Code*, which continued to be in force until the 1955 revisions, had a widely and generally understood meaning: the offence required sexual penetration between a human and an animal. It is also clear, in my view, that the term "bestiality" was understood to mean sodomy or buggery with an animal.

[48] The Crown made much of the paucity of case law authoritatively settling the elements of the offence. But respectfully that is beside the point. The question is not whether there was binding authority from the House of Lords or the Judicial Committee of the Privy Council setting out the elements of the offence. The question is whether the offence of buggery with an animal had a well-understood legal meaning when it was used by Parliament without further definition in the *1892 Code*. The contemporary sources make it overwhelmingly clear that it did. Any lawyer who was asked in 1892 whether the offence of buggery with an animal required penetration would have replied in the affirmative. Parliament, by using that term without further definition, intended to adopt that well-understood legal meaning.

de sodomie avec un animal prévue à l'art. 174, que [TRADUCTION] « [t]out comme dans le cas du viol, la pénétration est suffisante à elle seule pour constituer l'infraction » (*The Criminal Code of the Dominion of Canada as amended in 1893, with Commentaries, Annotations, Precedents of Indictments, &c.* (1893), p. 117).

[46] L'arrêt *Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), rendu avant la révision de 1955, concorde lui aussi avec le point de vue selon lequel il devait y avoir pénétration. La cour a indiqué qu'[TRADUCTION] « il y avait eu pénétration dans une certaine mesure, et même s'il s'agissait d'une très légère pénétration, l'infraction de bestialité serait de ce fait commise » (par. 2). Dans *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (C.A. C.-B.), la cour s'est appuyée sur l'arrêt anglais *Bourne*, que j'ai mentionné précédemment et qui indique qu'il devait y avoir pénétration.

[47] À mon avis, il est impossible de mettre sérieusement en doute le fait que l'infraction canadienne de bestialité/*buggery with an animal* prévue au *Code de 1892* qui est demeurée en vigueur jusqu'à la révision de 1955 avait un sens généralement reconnu : l'infraction exigeait une pénétration sexuelle impliquant un être humain et un animal. Il est également clair, à mon avis, que le terme anglais « *bestiality* » visait la sodomie entre un être humain et un animal.

[48] Le ministère public a fait grand cas de la rareté des précédents qui établissent péremptoirement les éléments constitutifs de l'infraction. Toutefois, avec égards, là n'est pas la question. Il ne s'agit pas de savoir s'il existait un arrêt de la Chambre des lords ou du Comité judiciaire du Conseil privé ayant force de précédent en la matière. Il faut plutôt se demander si l'infraction de sodomie avec un animal avait un sens juridique bien défini lorsqu'elle a été utilisée par le législateur sans être définie dans le *Code de 1892*. Il ressort sans l'ombre d'un doute des sources de cette époque que tel était le cas. Tout avocat auquel on aurait demandé en 1892 si l'infraction de sodomie avec un animal exigeait la pénétration aurait répondu par l'affirmative. En utilisant ce terme sans le définir, le législateur voulait retenir son sens juridique bien défini.

[49] The Crown also noted that there may be some room for debate about whether buggery with an animal/*la bestialité* was limited to cases of anal penetration, as discussed by Bauman C.J.B.C. in his dissenting reasons. That view is supported by at least one legal dictionary, P. G. Osborn, *A Concise Law Dictionary* (4th ed. 1954), at p. 61, "buggery", and by *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 205. However, as I have reviewed earlier, all other commentators, including Stephen himself, the Court of Criminal Appeal in *Bourne* and detailed studies of prosecutions in England from the mid-1500s to the late 1800s support the view that buggery with an animal required penetration, be it vaginal or anal. In any case, the Crown's position is somewhat beside the point we have to decide here. On any view of the law, the 1892 Canadian offence required penetration of some kind. There is no support — none — for the view that penetration of some kind was not required.

[49] Le ministère public a en outre fait remarquer qu'il y a peut-être lieu de débattre la question de savoir si la bestialité/*buggery with an animal* vise uniquement la pénétration anale, comme l'a mentionné le juge en chef Bauman dans ses motifs dissidents. Ce point de vue trouve appuie dans au moins un dictionnaire juridique (P. G. Osborn, *A Concise Law Dictionary* (4e éd. 1954), p. 61, « *buggery* », et dans l'ouvrage *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19e éd. 1966), p. 205). Toutefois, comme je l'ai déjà signalé, tous les autres auteurs, y compris Sir Fitzjames Stephen lui-même, la Cour d'appel en matière criminelle dans *Bourne*, et des études approfondies des poursuites intentées en Angleterre entre le milieu des années 1500 et la fin des années 1800 étayent l'opinion que la sodomie avec un animal requérait une pénétration, qu'elle soit vaginale ou anale. En tout état de cause, la thèse du ministère a peu à voir avec la question à trancher en l'espèce. Quel que soit l'angle sous lequel on examine le droit applicable, l'infraction canadienne de 1892 exigeait une forme de pénétration. Rien — absolument rien — n'appuie l'opinion selon laquelle une quelconque pénétration n'était pas nécessaire.

(d) *Conclusion on the First Question*

d) *Conclusion sur la première question*

[50] We can conclude that, at least until 1955, the offence of buggery with animals/*la bestialité* continued to have the same elements that it had in the English *1861 Act*, a provision carried forward in virtually identical terms in the Canadian Act of 1869 and into our first *Code* in 1892. Thus, penetration continued to be an element of the offence. We may also conclude that the term "bestiality" was understood to mean buggery with an animal.

[50] Nous pouvons conclure qu'au moins jusqu'en 1955, l'infraction de bestialité/*buggery with an animal* comportait les mêmes éléments que ceux qu'elle avait dans la *Loi de 1861* d'Angleterre, dont la disposition en cause a été reprise pratiquement mot pour mot dans la loi canadienne de 1869 et dans notre premier *Code* en 1892. La pénétration est donc restée un élément de l'infraction. Nous pouvons aussi conclure que le terme « bestialité » s'entendait de la sodomie avec un animal.

[51] That brings us to the next step in the analysis, which is to determine whether Parliament explicitly or by necessary implication changed this well-understood legal meaning.

[51] Cela nous amène à la deuxième étape de l'analyse, qui consiste à déterminer si le législateur a modifié explicitement ou par déduction nécessaire le sens juridique bien défini du terme « bestialité ».

(3) There Is No Express or Implied Legislative Intent to Depart From the Legal Meaning of the Term "Bestiality"

(a) *The Crown's Position: The Elements of the Offence Changed in 1955 and This Change Was Confirmed by Amendments in 1988*

[52] The Crown points to two legislative changes which it submits show a clear intention to expand the offence of sexual intercourse between a human and an animal to an offence proscribing all human-animal sexual activity. The first occurred in 1955 and the intention to make this change was confirmed by amendments in 1988. However, as I see it, the legislative history, on which the Crown relies, in fact supports the respondent's position that bestiality continued to require penetration as one of its elements.

[53] To explain why I have reached this conclusion, I will first turn to the applicable principles of statutory interpretation and then look at the two amendments in more detail.

(b) *Principles of Interpretation*

(i) Clear Language Is Required to Change the Law, Particularly Where the Change Takes Away Liberty

[54] As Professor Sullivan says, "The stability of law is enhanced by rejecting vague or inadvertent change while certainty and fair notice are promoted by requiring legislatures to be clear and explicit about proposed changes": §15.50. Stability and certainty are particularly important values in the criminal law and significant changes to it must be clearly intended. As the Court put it in *T. (V.)*, "it is open to Parliament to change the law in whatever way it sees fit, [but] the legislation in which it chooses to make these alterations known must be drafted in

(3) Le législateur n'a pas voulu, de manière expresse ou implicite, s'écarter du sens juridique du terme « bestialité »

a) *La thèse du ministère public : les éléments de l'infraction ont été modifiés en 1955, et ce changement a été confirmé par les modifications de 1988*

[52] Le ministère public signale deux modifications législatives qui, selon lui, montrent que le législateur a manifestement voulu élargir l'infraction de rapports sexuels entre un être humain et un animal de manière à ériger en infraction toutes les activités sexuelles entre êtres humains et animaux. La première date de 1955 et l'intention d'apporter ce changement a été confirmée par les modifications de 1988. Or, selon moi, l'historique législatif sur lequel s'appuie le ministère public renforce en fait la thèse de l'intimé selon laquelle la pénétration demeure l'un des éléments de l'infraction de bestialité.

[53] Pour expliquer les raisons qui m'ont amené à tirer cette conclusion, je vais d'abord examiner les principes d'interprétation législative applicables, puis me pencherai plus en détail sur les deux modifications.

b) *Principes d'interprétation*

(i) Il faut s'exprimer en termes clairs pour modifier le droit, surtout lorsque la modification porte atteinte à la liberté

[54] Comme l'affirme la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « [l]a stabilité du droit est accrue par le rejet des modifications vagues ou effectuées par inadvertance alors que la certitude et le principe de l'avertissement raisonnable se trouvent renforcés du fait qu'on oblige les législateurs à s'exprimer en termes clairs et exprès sur les modifications proposées » (§15.50). La stabilité et la certitude sont des valeurs qui revêtent une importance particulière en droit criminel et les changements importants qui y sont apportés doivent avoir été clairement voulus.

such a way that its intention is in no way in doubt": p. 764 (emphasis added).

[55] A related principle is that enactments which take away the liberty of the subject should be clear and any ambiguity resolved in favour of the subject. "It is unnecessary to emphasize the importance of clarity and certainty when freedom is at stake. . . . If one is to be incarcerated, one should at least know that some Act of Parliament requires it in express terms, and not, at most, by implication": *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115.

[56] There is no express statutory provision expanding the scope of the bestiality offence as the Crown asks us to do. And, as we shall see, there is nothing in the legislative evolution and history that supports any parliamentary intent to bring about such a change by implication. The required "clarity and certainty" are entirely lacking.

(ii) Parliament, Not the Judiciary, May Expand Criminal Liability

[57] Parliament, not the judiciary, may expand the scope of criminal liability. As Cartwright J. (as he then was) said in *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517:

. . . if any course of conduct is now to be declared criminal, which has not up to the present time been so regarded, such declaration should be made by Parliament and not by the Courts. [p. 530]

[58] This was not a new idea when Cartwright J. wrote these words in 1950. The principle was reflected in the English 1879 Draft Code. Its s. 5 provided that there would be no prosecutions for crimes at common law. The Commissioners noted that the

Ainsi que la Cour l'a dit dans *T. (V.)*, « il [. . .] est loisible [au législateur] [. . .] de modifier la loi de la façon qu'il juge appropriée, mais le texte législatif qui comporte ces modifications doit être rédigé de telle sorte que son intention ne fasse aucun doute » (p. 764 (je souligne)).

[55] Selon un principe connexe, les lois qui privent un individu de sa liberté doivent être claires et toute ambiguïté doit être résolue en faveur de ce dernier. « Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance de la clarté et de la certitude lorsque la liberté est en jeu. [. . .] Si quelqu'un doit être incarcéré, il devrait au moins savoir qu'une loi du Parlement le requiert en des termes explicites, et non pas, tout au plus, par voie de conséquence » (*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115).

[56] Aucune disposition légale n'élargit expressément la portée de l'infraction de bestialité de la manière dont le ministère public nous demande de le faire. Et, comme nous le verrons, l'évolution et l'historique législatifs ne permettent aucunement de conclure que le législateur a voulu faire implicitement une telle modification. La « clarté et la certitude » requises sont totalement absentes.

(ii) Il appartient au législateur et non aux tribunaux d'élargir la responsabilité criminelle

[57] Il appartient au législateur et non aux tribunaux d'élargir la portée de la responsabilité criminelle. Comme le juge Cartwright (plus tard Juge en chef) l'a dit dans *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517 :

[TRADUCTION] . . . la tâche de déclarer criminelle une conduite qui, jusqu'à ce jour, ne l'était pas, revient au Parlement et non aux tribunaux. [p. 530]

[58] L'idée n'était pas nouvelle lorsque le juge Cartwright a tenu ces propos en 1950. Le principe trouvait écho dans le *Draft Code* anglais de 1879. Son article 5 disposait qu'aucune poursuite ne serait engagée pour un crime de common law.

purpose and effect of this provision would be to put an end to the power of judges to create new common law crimes. They added that even if the Draft Code and other statutes overlooked some common law offences, they thought "better to incur the risk of giving a temporary immunity to the offender than to leave any one liable to a prosecution for an act or omission which is not declared to be an offence by the Draft Code itself or some other Act of Parliament": p. 10. The same thinking was explicitly adopted in the 1955 revisions of our *Code*. It provided (in what was then s. 8; now s. 9) that "no person shall be convicted . . . of an offence at common law", subject to the power of judges to punish for contempt of court. The *Report of Royal Commission on the Revision of Criminal Code* (1954) had proposed a similar provision, observing that all of the offences which should be adopted from the common law were incorporated into the 1878 Draft Code: p. 6.

Les commissaires ont souligné que cette disposition aurait pour objet et effet de mettre un terme au pouvoir des juges de créer de nouveaux crimes de common law. Ils ont ajouté que, même si le *Draft Code* et d'autres lois passent sous silence certaines infractions de common law, ils jugeaient [TRADUCTION] « préférable de courir le risque d'offrir une immunité temporaire à l'auteur de l'infraction que d'exposer quiconque à des poursuites pour une omission ou un acte qui n'est pas déclaré criminel dans le *Draft Code* lui-même ou une autre loi du Parlement » (p. 10). Le même raisonnement a été explicitement adopté lors de la révision de notre *Code* en 1955. Il disposait (dans ce qui était alors l'art. 8 et maintenant l'art. 9) que « nul ne peut être déclaré coupable [. . .] d'une infraction en *common law* », sous réserve du pouvoir des juges de sanctionner l'outrage au tribunal. Le *Rapport de la Commission royale pour la revision du Code criminel* (1954) avait proposé l'insertion d'une disposition similaire après avoir fait observer que toutes les infractions qui devraient être tirées de la common law avaient été intégrées au *Draft Code* de 1878 (p. 6).

[59] In accordance with this principle, the courts have refrained from developing the common law meanings of legal terms used in the *Code* so as to extend the scope of criminal liability. Courts will only conclude that a new crime has been created if the words used to do so are certain and definitive: *Marcotte*, at p. 115; *R. v. McLaughlin*, [1980] 2 S.C.R. 331, at p. 335; and *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39. This approach not only reflects the appropriate respective roles of Parliament and the courts, but the fundamental requirement of the criminal law that people must know what constitutes punishable conduct and what does not, especially when their liberty is at stake: see, e.g., *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at para. 14. As McLachlin J. (as she then was) cautioned:

[59] Conformément à ce principe, les tribunaux se sont abstenus de faire évoluer les définitions données en common law aux termes juridiques utilisés dans le *Code* de façon à élargir le champ de la responsabilité criminelle. Les tribunaux ne concluront à la création d'un nouveau crime que si les mots utilisés pour ce faire sont sûrs et définitifs (*Marcotte*, p. 115; *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, p. 335; et *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39). Cette approche tient compte non seulement des fonctions revenant à bon droit respectivement au législateur et aux tribunaux, mais également de l'exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l'est pas, surtout lorsque leur liberté est en jeu (voir, p. ex., *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14). Comme l'a précisé la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

Clear language is required to create crimes. Crimes can be created by defining a new crime, or by redefining the elements of an old crime. When courts approach the definition of elements of old crimes, they must be cautious

La création d'un crime doit être exprimée en termes clairs. Il peut s'agir de la définition d'un nouveau crime ou de la redéfinition des éléments d'un ancien crime. Quand les tribunaux abordent la définition des éléments

not to broaden them in a way that in effect creates a new crime. Only Parliament can create new crimes and turn lawful conduct into criminal conduct. It is permissible for courts to interpret old provisions in ways that reflect social changes, in order to ensure that Parliament's intent is carried out in the modern era. It is not permissible for courts to overrule the common law and create new crimes that Parliament never intended. [Emphasis added.]

(*R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 34)

[60] *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, is an example of this principle at work. The question was whether an appellate court had erred on a sentence appeal by overturning the sentence imposed at first instance in part on the basis of a judicially created category of offences to which were attached starting point sentences. The majority of this Court found that the appellate court had erred. In reaching that conclusion, the Court relied on the principle that it is not for judges to create criminal offences: by creating a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing, the appellate court had "effectively created an offence" contrary to the spirit if not the letter of that principle (para. 33).

[61] The same underlying principle is at work in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232. The Court had to determine whether the definition of the scientific term "*Cannabis sativa* L." should refer to its meaning at the time the statute was passed or at the time the infraction was committed. The Court adopted the former approach. The Court noted that not all terms in all statutes must always be confined to their original meanings. Broad statutory categories are often held to include things unknown when the statute was enacted and words in constitutional documents must be capable of growth and development to meet changing circumstances. However, that interpretative approach is most often taken when the statutory language is broad or open-textured. But where Parliament has used "specific scientific or technical"

d'un ancien crime, ils doivent prendre garde de ne pas les élargir au point de créer un nouveau crime. Seul le législateur peut créer de nouveaux crimes et transformer une conduite légale en une conduite criminelle. Il est permis aux tribunaux de donner à d'anciennes dispositions une interprétation reflétant des changements sociaux, afin d'assurer que l'intention du législateur continue d'être réalisée à l'époque contemporaine. Il est inacceptable qu'ils écartent la common law pour créer de nouveaux crimes que le législateur n'a jamais voulu créer. [Je souligne.]

(*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 34)

[60] Ce principe a notamment été appliqué dans l'arrêt *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la cour d'appel avait commis une erreur dans le cadre d'un appel portant sur la peine en annulant la peine infligée en première instance sur le fondement, entre autres, d'une catégorie d'infractions créée par les tribunaux à laquelle étaient associées des peines servant de point de départ. Notre Cour a conclu à la majorité que la cour d'appel avait fait erreur. Pour tirer cette conclusion, la Cour s'est fondée sur le principe qu'il n'appartient pas aux juges de créer des infractions criminelles : en créant une catégorie d'infractions dans le cadre d'une infraction prévue par la loi aux fins de détermination de la peine, la cour d'appel avait « effectivement créé une infraction » contrairement à l'esprit, voire même à la lettre, de ce principe (par. 33).

[61] Ce même principe fondamental est en cause dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232. La Cour devait décider si la définition du terme scientifique « *Cannabis sativa* L. » devait recevoir le sens qu'il avait à l'époque de l'adoption de la loi ou celui qu'il avait lorsque l'infraction a été commise. La Cour a retenu le premier sens. Elle a fait observer que ce ne sont pas tous les termes de toutes les lois qui doivent toujours se limiter à leur sens original. Des catégories générales contenues dans des lois sont souvent considérées comme regroupant des choses inconnues au moment de l'adoption de la loi et les termes des documents constitutionnels doivent pouvoir évoluer pour s'adapter aux changements de circonstances. Cependant, cette méthode d'interprétation est employée le plus souvent dans le cas d'un

terms, it would "do violence to Parliament's intent to give a new meaning to that term": p. 265.

[62] I will refer finally to *Gralewicz v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493. One of the issues in the case was what constitutes an "unlawful purpose" as an element of the offence of conspiracy to effect an unlawful purpose. The majority of the Court held that to be an unlawful purpose in this context, the purpose must be prohibited by federal or provincial legislation: p. 509. The majority found no clear basis in Canadian law to support the view that the offence extended to other sorts of unlawful purposes. The Court relied on the principle that it is not open to the courts to create new offences or to widen existing offences as to make punishable conduct of a type not previously subject to punishment: p. 508. Chouinard J. for the majority put it this way:

> It is difficult for me to see how the mere enactment of conspiracy as a statutory offence would have the effect of extending its scope beyond what it had been held to extend to at common law by the Canadian courts prior to its becoming a statutory offence while at the same time Parliament enacted s. 8 [now s. 9] to exclude common law offences from the ambit of the criminal law of Canada. [p. 509]

[63] These kinds of cases must be distinguished from ones in which Parliament had enacted statutory definitions and the question was how much, if at all, the common law should supplement them. No such question arises here. For example, in *Jobidon* and *Cuerrier*, Parliament had legislated quite extensively in relation to the meaning of "consent" and the issue was whether the statutory provisions were exhaustive or should be supplemented by the common law. However, in the present case, there is not, and has never been in Canada, *any* statutory definition — exhaustive or otherwise — of the elements of bestiality.

texte législatif général. Or, lorsque le législateur a utilisé des termes « scientifique[s] ou technique[s] précis », ce serait « faire violence à l'intention du législateur que de donner un sens nouveau à un tel terme » (p. 265).

[62] Je vais parler en dernier lieu de l'arrêt *Gralewicz c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493. Dans cette affaire, la Cour était notamment appelée à déterminer ce qui constituait un « dessein illicite » comme élément de l'infraction de complot en vue d'accomplir un dessein illicite. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que, pour qu'il s'agisse d'un dessein illicite dans ce contexte, le dessein devait être interdit par une loi fédérale ou provinciale (p. 509). Ils ont jugé que le droit canadien n'étayait pas clairement le point de vue selon lequel l'infraction visait d'autres types de desseins illicites. La Cour s'est appuyée sur le principe qu'il n'est pas loisible aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ou d'élargir les infractions existantes afin de rendre punissable une conduite d'un type qui, jusqu'alors, ne l'était pas (p. 508). Le juge Chouinard a formulé ainsi ce principe au nom de la majorité :

> Je vois mal comment le simple fait de consacrer le complot par un texte de loi peut avoir comme résultat d'élargir sa portée au-delà des limites que les tribunaux canadiens lui ont imposées en *common law* avant sa consécration législative alors que le Parlement a adopté l'art. 8 [maintenant l'art. 9] qui vise à exclure les infractions de *common law* du champ d'application du droit criminel canadien. [p. 509]

[63] Les affaires de ce genre doivent être distinguées de celles où le législateur avait adopté des définitions dans une loi et où la question était de savoir dans quelle mesure l'on doit, si tant est que cela soit possible, recourir à la common law pour les compléter. Cette question ne se pose pas en l'espèce. À titre d'exemple, dans *Jobidon* et *Cuerrier*, le législateur avait légiféré de façon passablement détaillée en ce qui concerne la signification de « consentement » et il s'agissait de savoir si les dispositions de la loi étaient exhaustives ou si la common law devait les compléter. Cependant, en l'espèce, il n'y a au Canada *aucune* définition dans une loi, et il n'y en a jamais eu, — exhaustive ou autre — portant sur les éléments de l'infraction de bestialité.

[64] For the sake of completeness, I should note that the courts have taken a less restrictive approach with respect to developing common law defences, excuses and justifications. In this context, the Court has been willing to allow the common law to evolve and develop rather than treating it as having been frozen in time by statutory adoption. The Court has confirmed the availability of, for example, the common law defences of necessity and duress to further develop them: *Perka*, at p. 245; *R. v. Latimer*, 2001 SCC 1, [2001] 1 S.C.R. 3, at paras. 32-34; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189; *R. v. Hibbert*, [1995] 2 S.C.R. 973; *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687, at paras. 56-67. This approach is consistent with what Laskin C.J. said in *Kirzner v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 487, that the *Code* should not be seen "as having frozen the power of the Courts to enlarge the content of the common law by way of recognizing new defences": p. 496.

[65] However, common law defences, excuses and justifications stand on an entirely different footing under the *Code* than does the definition of offences. While prosecution for common law crimes is explicitly prohibited (s. 9), the *Code* expressly preserves common law defences, excuses and justifications: s. 8(3). The approach to the common law in those areas is thus not relevant to the question of how the courts should approach the definition of elements of offences.

[66] The Crown's position in this case directly implicates the principle that it is for Parliament and not the courts to expand the scope of criminal liability. The Crown invites the Court to develop the common law definition of bestiality so as to expand the scope of criminal liability for that offence. If we accept the Crown's position, the offence will fundamentally change from one relating to sexual intercourse between a human and an animal to one proscribing and punishing any touching of a sexual nature between a human and an animal. As I will explain, there is no clear statutory mandate to do

[64] Par souci d'exhaustivité, je souligne que les tribunaux ont adopté une approche moins restrictive en ce qui concerne le développement des moyens de défense, des excuses et des justifications reconnus en common law. Dans ce contexte, la Cour s'est montrée disposée à ce que la common law évolue et se développe plutôt que de juger qu'elle était figée dans le temps par l'adoption d'une loi. La Cour a confirmé la possibilité d'invoquer, par exemple, les moyens de défense de common law fondés sur la nécessité et la contrainte en vue de les faire évoluer davantage (*Perka*, p. 245; *R. c. Latimer*, 2001 CSC 1, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 32-34; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189; *R. c. Hibbert*, [1995] 2 R.C.S. 973; *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, par. 56-67). Cette approche cadre avec ce que le juge en chef Laskin a dit dans *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, à savoir qu'il ne faudrait pas considérer que le *Code* « interdi[t] aux tribunaux d'étendre le contenu de la *common law* en admettant de nouveaux moyens de défense » (p. 496).

[65] Toutefois, le sort réservé par le *Code* aux moyens de défense, excuses et justifications reconnus en common law est tout à fait différent de celui qu'il réserve à la définition des infractions. Alors qu'il est expressément interdit d'engager des poursuites pour des crimes de common law (art. 9), le *Code* préserve explicitement les moyens de défense, les excuses et les justifications reconnus en common law (par. 8(3)). La façon de les aborder n'est donc pas pertinente lorsqu'il s'agit de décider comment les tribunaux devraient aborder la définition des éléments constitutifs d'une infraction.

[66] La position du ministère public dans le présent pourvoi met directement en jeu le principe qu'il revient au législateur et non aux tribunaux d'élargir la portée de la responsabilité criminelle. Le ministère public invite la Cour à faire évoluer la définition de bestialité en common law de façon à élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette infraction. Si nous acceptons la thèse du ministère public, cela changera fondamentalement l'infraction, en la faisant passer d'une infraction relative à des rapports sexuels entre un être humain et un animal à une infraction interdisant et

so. And, to accept that invitation would be to exceed the proper role of the courts in defining criminal liability.

[67] The trial judge's analysis was flawed because it gave no weight to this principle and did not take into consideration that the French version of the offence in the *Code* has remained substantively unchanged from 1892 to 1988. He reasoned that the courts should interpret the elements of the offence of bestiality so that they would "reflect current views on what constitutes prohibited sexual acts": para. 315. This, respectfully, was a fundamental legal error. Absent clear parliamentary intent to depart from the clear legal definition of the elements of the offence, it is manifestly *not* the role of the courts to expand that definition.

[68] We should bear in mind that there are important questions of policy involved in broadening the offence of bestiality as the Crown urges us to do. That change, as we see from the trial judge's reasons, could turn a person such as the victim in this case into a co-perpetrator. Recall that, if we accept the trial judge's reasoning (an issue that I need not finally decide here), the complainant is the principal offender and the respondent is liable as having aided and abetted her commission of the offence. In other words, a victim became a co-perpetrator. This, in itself, should make us hesitate. Justice Abella is of the view that the Crown would never charge anyone in the position of this complainant and I hope that she is right. But this faith in prosecutorial discretion misses the point. It does not provide any comfort to those who, like me, are concerned that the trial judge's approach, if adopted, would mean that in law this complainant would be an uncharged principal offender. That legal conclusion should give us pause.

sanctionnant tout attouchement de nature sexuelle entre un être humain et un animal. Comme je vais l'expliquer, il ne ressort pas de la loi que le législateur a voulu confier cette tâche aux tribunaux. Et accepter l'invitation du ministère public reviendrait à outrepasser le rôle que doivent jouer les tribunaux lorsque vient le temps de définir la responsabilité criminelle.

[67] L'analyse du juge du procès était erronée parce qu'il n'a attaché aucune importance à ce principe et n'a pas tenu compte du fait que la version française de l'infraction prévue au *Code* était demeurée inchangée sur le fond de 1892 à 1988. Selon lui, les tribunaux doivent interpréter les éléments de l'infraction de bestialité de façon à ce qu'ils [TRADUCTION] « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 315). Avec égards, il s'agit là d'une erreur de droit fondamentale. En l'absence d'une intention claire du législateur de s'écarter de la définition juridique claire des éléments de l'infraction, il *n'*appartient manifestement *pas* aux tribunaux d'élargir cette définition.

[68] Il faut garder à l'esprit qu'étendre l'infraction de bestialité comme le ministère public nous presse de le faire soulèverait d'importantes questions de politique générale. Ainsi qu'il appert des motifs du juge du procès, ce changement pourrait faire d'une personne comme la victime en l'espèce une coauteure de l'infraction. Rappelons que, si nous acceptons le raisonnement du juge du procès (une question que je n'ai pas à trancher de manière définitive en l'espèce), la plaignante est l'auteure principale de l'infraction et l'intimé, quant à lui, est responsable de l'avoir aidée et encouragée à la commettre. Autrement dit, la victime devient une coauteure de l'infraction. Cela devrait suffire en soi à nous faire hésiter. La juge Abella est d'avis que le ministère public n'accuserait jamais une personne se trouvant dans la situation de la plaignante en l'espèce et j'espère qu'elle a raison. Mais cette foi dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public passe à côté de la question. Elle ne rassure aucunement ceux qui, comme moi, craignent que l'approche du juge du procès, si elle était retenue, ferait de la plaignante, en droit, une auteure principale non inculpée de l'infraction. Cette conclusion de droit devrait nous donner matière à réflexion.

[69] There are also significant policy debates about what the focus of this sort of offence ought to be. Commentators have suggested that the focus should move away from understanding bestiality as an offence against public morals and towards seeing it as a type of animal abuse. Consistent with this view, the Law Reform Commission of Canada recommended in 1978 that the offence be repealed, being of the view that the offence would still be covered by the various laws for the protection of animals enacted by the provinces or contained in the *Code*: Working Paper 10, *Report on Sexual Offences* (1978), at p. 30. And as the intervener, Animal Justice, submitted in this Court, the fundamental values at stake in this debate include the protection of vulnerable animals from the risks posed by improper human conduct and the wrongfulness of sexual conduct involving the exploitation of non-consenting participants.

[69] Le point de savoir sous quel angle ce type d'infraction devrait être analysé fait également l'objet d'importants débats en matière de politique générale. Les auteurs ont laissé entendre qu'il faut cesser de considérer la bestialité comme une infraction portant atteinte à la moralité publique et la voir plutôt comme un type de mauvais traitement envers les animaux. Adoptant cet avis, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé en 1978 d'abolir l'infraction de bestialité, étant donné qu'elle continuerait de relever des diverses mesures législatives de protection des animaux adoptées par les provinces ou contenues dans le *Code* (Document de travail 10, *Rapport sur les infractions sexuelles* (1978), p. 32). Et comme l'intervenante Animal Justice l'a fait valoir devant la Cour, les valeurs fondamentales en jeu dans ce débat comprennent la protection d'animaux vulnérables contre les risques que posent une activité humaine inappropriée et le caractère répréhensible des comportements sexuels impliquant l'exploitation de participants non consentants.

[70] My point is not to take sides in the policy debate. The point, as I see it, is that these are important points of penal and social policy. And they are matters for Parliament to consider, if it so chooses. Parliament may wish to consider whether the present provisions adequately protect children and animals. But it is for Parliament, not the courts, to expand the scope of criminal liability for this ancient offence.

[70] Je ne cherche pas à prendre parti dans le débat de politique générale. Il s'agit, selon moi, d'importantes questions de politique pénale et sociale. Or, il revient au législateur de les examiner, s'il le juge à propos. Le législateur peut vouloir se demander si les dispositions actuelles protègent adéquatement les enfants et les animaux. Il appartient cependant au législateur, et non aux tribunaux, d'élargir la portée de la responsabilité criminelle liée à cette vieille infraction.

[71] With these principles in mind, I turn to examine in more detail the text, legislative evolution and history and contemporary commentary on the 1955 and 1988 revisions.

[71] En gardant ces principes à l'esprit, j'examine maintenant plus en détail le texte, l'évolution et l'historique législatifs ainsi que la doctrine de l'époque sur les révisions de 1955 et de 1988.

(c) *The 1955 Revisions*

c) *La révision de 1955*

[72] As discussed, the English version of the *Code* did not use the term "bestiality" until 1955, but the French version did. Immediately before the 1955 revisions, the respective versions provided:

[72] Comme je l'ai déjà dit, le terme « *bestiality* » ne figurait pas dans la version anglaise du *Code* avant 1955, mais on retrouvait son équivalent « bestialité » dans la version française. Tout juste avant la révision de 1955, les deux versions étaient rédigées ainsi :

[Buggery]

202. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery, either with a human being or with any other living creature.

202. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

(R.S.C. 1927, c. 36)

[73] In the 1955 revisions, the word bestiality was first introduced into the English version of the *Code* and the reference to "buggery . . . with any other living creature" was deleted, but with no definition of either the term "buggery" or "bestiality". The new section read:

[Buggery or bestiality]

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

[74] Apart from modifying the sentencing range, the French version of s. 147 in the 1955 *Code* remained the same as before the 1955 revisions. Indeed, the new section read:

147. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

[75] As in the *1892 Code*, the elements of the offence are not specified. The Crown says that the introduction of the offence under that name shows a parliamentary intent to differentiate the offence from the old offence of buggery and that the use of the new language was intended to modernize the historical offence of buggery committed with animals. I cannot agree.

[Sodomie]

202. Est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité.

202. Every one is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for life who commits buggery, either with a human being or with any other living creature.

(S.R.C. 1927, c. 36)

[73] Lors de la révision de 1955, le terme « *bestiality* » a été introduit pour la première fois dans la version anglaise du *Code*, et le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » a été supprimé, mais on n'a défini ni le terme « *buggery* » (sodomie), ni celui de « *bestiality* ». La nouvelle disposition était ainsi libellée :

[Buggery or bestiality]

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

[74] Mis à part la modification apportée à la fourchette des peines, la version française de l'art. 147 dans le *Code* de 1955 est restée la même qu'avant la révision de 1955. En effet, le nouvel article était rédigé en ces termes :

147. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque commet la sodomie ou bestialité.

[75] Tout comme dans le *Code de 1892*, les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas précisés. Le ministère public affirme que l'introduction de l'infraction sous cette désignation démontre l'intention du législateur de différencier cette infraction de l'ancienne infraction de sodomie et que l'utilisation de la nouvelle expression visait à moderniser l'ancienne infraction de sodomie commise avec des animaux. Je ne saurais être d'accord.

(i) Text, Legislative Evolution and History

[76] I turn first to the text and the legislative evolution and history of the 1955 provisions.

[77] The text of the 1955 revisions does not suggest that any significant change in the law was intended. In fact, quite the opposite is the case. The word "bestiality" was substituted for the words "buggery . . . with any other living creature" in the English version of the offence, but the French version of the offence remained unchanged. This appears to be simply the substitution of a more precise legal term in the English version for the previous more general expression. The absence of a statutory definition of either term is consistent only with the intent to adopt the accepted legal meanings of both terms. And the absence of change to the French version undermines the Crown's position that any substantive change was intended by the amendment of the English version. Unlike Justice Abella, I cannot see in this amendment that the two offences were "rendered asunder from each other". That reasoning cannot be accepted in the face of the fact that the French version of the *Code* had always used different words for the human buggery and the animal buggery offence in this section. The change to the English version in 1955 to more closely match the French cannot bear the interpretative weight that the Crown and Justice Abella attach to it. And the suggestion that this minor change to the English version is somehow linked to amendments to the animal cruelty offence has no foundation in the principles of statutory interpretation or, as we shall see, in the legislative evolution and history.

[78] We should note that the term "bestiality" was used in the law before it was introduced into the *Code* in 1955. I have already referred to the use of the word in the marginal note to the *1861 Act* and to the case of *Bourne* in which Lord Chief Justice Goddard observed that the offence of buggery with

(i) Le texte ainsi que l'évolution et l'historique législatifs

[76] Je me penche d'abord sur le texte ainsi que sur l'évolution et l'historique des dispositions de 1955.

[77] Le texte de la révision de 1955 ne porte pas à croire que le législateur a voulu changer le droit de façon substantielle. En fait, c'est plutôt le contraire. Dans la version anglaise, le terme « *bestiality* » a remplacé le passage « *buggery [. . .] with any other living creature* », mais la version française de l'infraction est demeurée inchangée. Il semble s'agir là du simple remplacement de l'ancienne expression plus générale dans la version anglaise par un terme juridique plus précis. L'absence de définition de l'un ou l'autre des termes dans la loi ne s'accorde qu'avec l'intention d'adopter le sens juridique reconnu des deux termes. Et l'absence de changement à la version française affaiblit la thèse du ministère public selon laquelle la modification de la version anglaise se voulait un changement de fond. Contrairement à la juge Abella, je ne crois pas que cette modification « scinde » les deux infractions. Le raisonnement de la juge Abella ne saurait être accepté compte tenu du fait que la version française du *Code* a toujours employé à cet article des mots différents pour désigner l'infraction de sodomie avec un être humain et celle de sodomie avec un animal. Le changement apporté à la version anglaise en 1955 pour qu'elle corresponde davantage à la version française ne peut se voir attribuer l'importance que lui accordent le ministère public et la juge Abella au chapitre de l'interprétation. Et la prétention selon laquelle ce changement mineur à la version anglaise a un quelconque rapport avec les modifications à l'infraction de cruauté envers un animal ne repose ni sur les principes d'interprétation des lois ni, comme nous le verrons, sur l'évolution et l'historique législatifs.

[78] Il convient de souligner que le terme « *bestiality* » a été utilisé en droit avant qu'il ne soit introduit dans la version anglaise du *Code* en 1955. J'ai déjà relevé l'utilisation du mot dans la note marginale de la *Loi de 1861* et dans l'arrêt *Bourne*, où le lord juge en chef Goddard a fait remarquer

an animal was "commonly called bestiality": p. 127. There is also the use of the term "bestiality" by Taschereau in relation to his model indictment in relation to buggery with an animal: Taschereau (1874), at p. 345; see also Thomas, at p. 154; and A. K. Gigeroff, *Sexual Deviations in the Criminal Law* (1968), at p. 105. And of course there is the use of the French word "*bestialité*" in the *Code* from 1892 on.

[79] There is nothing in the text of the 1955 revisions to suggest that any change in the elements of the offence was intended. The absence of revision to the text of the French version makes clear that no substantive change was intended. Contrary to the view expressed by Justice Abella, there is no ambiguity in this provision. It is a simple incorporation of a legal term with a meaning that had been well understood for centuries.

[80] If Parliament intended the significant change in the law as the Crown contends, it would surely have been noticed either in parliamentary debates or by commentators. But so far as counsel or I can determine, no notice of the alleged change can be found in either.

[81] The legislative evolution and history of the sexual offences in the 1955 revisions are exhaustively reviewed in Gigeroff, at pp. 69 ff. From the initial introduction of the draft bill in the House of Commons and the Senate in 1952, until Royal Assent in June 1954, there was no change in and no discussion of the bestiality section. An explanatory note added by the Senate Standing Committee on Banking and Commerce, to which the initial bill was referred, indicated that the new s. 147 was *a change in form only* from the previous *Code*'s s. 202: Gigeroff, at p. 76. There is thus nothing in the legislative history and evolution of s. 147 to support the Crown's position that the 1955 revisions brought about a significant change in the elements of the offence. The use of a word with a legal meaning without further definition and the explanatory note that the section was changed in form

que l'infraction de sodomie avec un animal était [TRADUCTION] « communément appelée bestialité » (p. 127). Le terme « *bestiality* » a également été utilisé par H. E. Taschereau relativement à son modèle d'acte d'accusation concernant la sodomie avec un animal (Taschereau (1874), p. 345; voir également Thomas, p. 154; et A. K. Gigeroff, *Sexual Deviations in the Criminal Law* (1968), p. 105). Et, bien sûr, le mot français « bestialité » est employé dans le *Code* depuis 1892.

[79] Rien dans le libellé de la révision de 1955 ne porte à croire qu'un changement aux éléments de l'infraction était souhaité. L'absence de révision du texte de la version française indique clairement qu'aucun changement de fond n'était souhaité. Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, la disposition en cause ne souffre d'aucune ambiguïté. Il s'agit simplement de l'insertion d'un terme juridique dont le sens est bien défini depuis des siècles.

[80] Si le législateur avait voulu modifier le droit de façon substantielle comme le prétend le ministère public, ce changement aurait sûrement été signalé dans les débats parlementaires ou par des auteurs. Or, à ma connaissance et à celle des avocats, le changement allégué n'a été relevé ni dans les débats ni par les auteurs.

[81] L'évolution et l'historique législatifs des infractions d'ordre sexuel dans la révision de 1955 sont examinés en profondeur dans Gigeroff, p. 69 et suiv. Du dépôt initial du projet de loi à la Chambre des communes et au Sénat en 1952 jusqu'à la sanction royale en juin 1954, l'article sur la bestialité n'a fait l'objet d'aucun changement ni d'aucune discussion. Une note explicative ajoutée par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, auquel le projet de loi initial avait été soumis, indiquait que le nouvel art. 147 *n'*était *qu'une modification de forme* de l'ancien art. 202 du *Code* (Gigeroff, p. 76). Par conséquent, l'évolution et l'historique de l'art. 147 n'appuient d'aucune manière la thèse du ministère public selon laquelle la révision de 1955 a modifié de façon importante les éléments de l'infraction. L'utilisation d'un terme ayant un sens juridique sans être par ailleurs défini et la note explicative

only support the opposite view that no substantive change was intended. As Gigeroff observes:

> In the narrow field of sex offences, the major effort of the commissioners was to bring all of the sexual offences under one part of the code, but the offences themselves remained virtually unchanged, with the single exception of gross indecency, which was expanded in a way which has been open to much criticism. [Emphasis added; p. 81.]

[82] We should not forget that one of the purposes of the 1955 revisions, as I discussed earlier, was to make the *Code* truly exhaustive. The intent was, in a sense, to "freeze" the definition of criminal liability. To read into the use of the English word "bestiality", used without further statutory definition, something other than its widely accepted meaning would be fundamentally at odds with that purpose. This is doubly so when the French word "*bestialité*" remained unchanged.

[83] There is no support for the Crown's position in the text, legislative history and evolution of the 1955 revisions. These in fact only support the opposite view.

(ii) Commentators

[84] The commentators are also uniformly against the Crown's position.

[85] I will start with the work of J. C. Martin. Mr. Martin was the editor of the 1955 *Criminal Code of Canada: With Annotations and Notes* and he served as research counsel to the Royal Commission to Revise the *Criminal Code*, 1947-1952. The Commission's work resulted in the draft bill that led to the 1955 revisions of the *Code*. There is no sign in his comments on the revised *Code* of 1955 that there was any substantive change to the bestiality offence.

[86] In his introduction to the 1955 edition of the *Code*, Mr. Martin lists 52 of the principal changes:

indiquant que l'article a été modifié dans sa forme uniquement appuient le point de vue contraire selon lequel aucun changement de fond n'était souhaité. Comme le fait observer M. Gigeroff :

> [TRADUCTION] Dans le domaine restreint des infractions d'ordre sexuel, les commissaires se sont surtout employés à regrouper toutes ces infractions dans une partie du code, mais les infractions elles-mêmes sont demeurées pratiquement inchangées, à l'exception de l'infraction de grossière indécence, dont la portée a été élargie d'une façon qui prêtait beaucoup le flanc à la critique. [Je souligne; p. 81.]

[82] Comme je l'ai déjà mentionné, il ne faudrait pas oublier que l'un des objectifs de la révision de 1955 était de rendre le *Code* véritablement exhaustif. Dans un sens, on voulait « figer dans le temps » la définition de la responsabilité criminelle. Donner au mot anglais « *bestiality* », utilisé sans être défini dans la loi, un autre sens que celui largement reconnu serait fondamentalement incompatible avec cet objectif. Il en est doublement ainsi car le mot français « bestialité » est resté tel quel.

[83] Le texte ainsi que l'évolution et l'historique de la révision de 1955 n'étayent pas la thèse du ministère public. En fait, ils n'étayent que le point de vue contraire.

(ii) Auteurs

[84] Les auteurs sont aussi tous défavorables à la thèse du ministère public.

[85] Je me pencherai d'abord sur les travaux de J. C. Martin. Il était le rédacteur du *Criminal Code of Canada : With Annotations and Notes* de 1955 et a travaillé comme avocat recherchiste pour la Commission royale pour la révision du *Code criminel* de 1947 à 1952. Les travaux de la Commission ont débouché sur le projet de loi ayant mené à la révision de 1955 du *Code*. Ses commentaires sur le *Code* révisé de 1955 n'indiquent aucunement qu'un changement de fond était apporté à l'infraction de bestialité.

[86] Dans son introduction de l'édition de 1955 du *Code*, M. Martin énumère 52 des principaux

Martin, at pp. 9-15. He makes no mention of the bestiality offence, suggesting that he did not view that provision as one of the principal changes worthy of special mention. He adds in the introduction that this list does not refer to all of the changes made and that others are referred to in the notes to the relevant sections. When we look there, it is clear that Mr. Martin saw no substantive change to the offence. Under the amended section (s. 147), the editor states simply that

> [t]his is the former s. 202. It was s. 174 in the Code of 1892 and s. 144 in the E.D.C. [1879 Draft Code] whence it was taken from the *Offences against the Person Act, 1861*. [p. 248]

The only changes noted are that the maximum punishment has been reduced from life to 14 years and that the offence has been listed in s. 661, opening the way to a sentence of preventive detention upon conviction. In other words, the new provision in the 1955 revisions is the same in substance as the English offence in the *1861 Act*.

[87] Mr. Martin's note refers the reader to s. 3(6) which provides that "sexual intercourse is complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted" and, for the meaning of the terms used, to *R. v. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830. That case stands for the proposition that oral sexual activity did not constitute sodomy. All of this, of course, is inconsistent with the Crown's submission that there had been any substantive change in the law or that penetration was not an element of the offence. Otherwise, the references to s. 3(6) and to *Jacobs* would be irrelevant.

[88] I turn to other commentators. In 1957, Irénée Lagarde, in *Nouveau Code Criminel Annoté*, at p. 102, explains that [TRANSLATION] "[b]estiality is unnatural coitus [i.e. sexual intercourse] between a man or a woman and an animal".

changements (Martin, p. 9-15). Il ne mentionne pas l'infraction de bestialité, ce qui donne à penser qu'il ne voyait pas cette disposition comme l'un des principaux changements dignes d'être soulignés. Il ajoute dans son introduction que la liste ne recense pas tous les changements apportés et que d'autres modifications sont relevées dans les notes annexées aux dispositions pertinentes. Un examen de ces notes révèle clairement que M. Martin n'a vu aucun changement de fond à l'infraction. Sous la disposition modifiée (l'art. 147), le rédacteur affirme simplement ce qui suit :

> [TRADUCTION] Il s'agit de l'ancien art. 202. C'était l'art. 174 du Code de 1892 et l'art. 144 du E.D.C. [*Draft Code* de 1879], tiré de la *Offences against the Person Act, 1861*. [p. 248]

Les seuls changements relevés sont les suivants : la peine maximale est passée de l'emprisonnement à perpétuité à 14 ans d'emprisonnement et il a été fait mention de l'infraction à l'art. 661, ce qui ouvrait la voie à une peine de détention préventive sur déclaration de culpabilité. Autrement dit, la nouvelle disposition prévue par la révision de 1955 correspond essentiellement à l'infraction anglaise prévue dans la *Loi de 1861*.

[87] La note de M. Martin renvoie le lecteur au par. 3(6), qui prévoit que « les rapports sexuels sont complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence » et, pour le sens des termes utilisés, à *R. c. Jacobs* (1817), Russ. & Ry. 331, 168 E.R. 830. Cette décision permet d'affirmer que les activités sexuelles orales ne constituaient pas de la sodomie. Bien entendu, tout cela ne cadre pas avec l'argument du ministère public selon lequel un changement de fond a été apporté à la loi ou que la pénétration n'était pas un élément de l'infraction. Sinon, les renvois au par. 3(6) et à la décision *Jacobs* n'auraient aucune raison d'être.

[88] Je me penche maintenant sur les propos d'autres auteurs. En 1957, Irénée Lagarde explique à la p. 102 du *Nouveau Code Criminel Annoté* que la « bestialité est le coït contre nature entre un homme ou une femme et un animal ».

[89] In *Droit pénal canadien* (1962), at p. 34, the same author stated:

[TRANSLATION] . . . bestiality may occur between a male person (active agent) and a female animal or between a female person (passive agent) and a male animal. Bestiality may be coital or anal. But in each of these cases, there must be "penetration" by the male organ to the degree indicated above. [Emphasis added.]

[90] Similarly, the 1959 edition of *Crankshaw's Criminal Code of Canada* (7th ed.), at p. 208, provides the following definition of buggery:

Buggery, also called sodomy, is the carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast . . . [C]arnal knowledge in any manner by a man or woman with a beast is bestiality. The word "buggery" comprehends both. . . .

. . .

Carnal knowledge is complete upon penetration to any, even the slightest degree . . . .

[91] The 1964 edition of *Tremeear's Annotated Criminal Code: Canada* (6th ed.) also provides a definition of bestiality under which penetration — vaginal or anal — is required:

This offence, also called sodomy, is defined in 1 Bishop, Cr. Law, p. 380, as carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast. Since it is a form of carnal knowledge, there must, under s. 3(6), as well as at common law, be penetration to some degree, and, where the offence is committed between humans, the penetration must be *per anum*; a penetration of the mouth is not sodomy: *R. v. Jacobs* (1817) R. & R. 331, 168 E.R. 830 (C.A.) . . . . [p. 216]

[92] This understanding of bestiality was also shared by the Law Reform Commission of Canada in its Working Paper 22, *Criminal Law: Sexual Offences* (1978). Bestiality is said to refer to "sexual intercourse between a human and an animal": p. 35. Notably, the Commission did not believe that elements of bestiality had been changed in 1955. It also did not recommend to extend these elements. It

[89] Dans le *Droit pénal canadien* (1962), le même auteur a dit ce qui suit à la p. 34 :

. . . il peut y avoir bestialité entre une personne du sexe masculin (agent actif) et un animal femelle ou entre une personne du sexe féminin (agent passif) et un animal mâle. La bestialité peut se pratiquer par un coït ou par l'anus. Mais dans chacun de ces cas, il doit y avoir « pénétration » par l'organe mâle au degré ci-dessus indiqué. [Je souligne.]

[90] De même, l'édition de 1959 du *Crankshaw's Criminal Code of Canada* (7e éd.), p. 208, donne la définition suivante de la sodomie :

[TRADUCTION] La sodomie est une copulation contre nature entre des êtres humains ou entre un être humain et un animal [. . .] [T]oute connaissance charnelle entre un homme ou une femme et un animal s'appelle la bestialité. Le terme « sodomie » englobe les deux. . .

. . .

La connaissance charnelle est complète s'il y a pénétration même au moindre degré . . .

[91] L'édition de 1964 du *Tremeear's Annotated Criminal Code : Canada* (6e éd.) donne également une définition de la bestialité selon laquelle il doit y avoir pénétration, vaginale ou anale :

[TRADUCTION] Cette infraction, appelée également sodomie, est définie dans 1 Bishop, Cr. Law, p. 380, comme une copulation contre nature entre des êtres humains ou entre un humain et un animal. Comme il s'agit d'une forme de connaissance charnelle, il doit y avoir, selon le par. 3(6) ainsi que la common law, pénétration à un certain degré et, lorsque l'infraction est commise entre des humains, la pénétration doit être anale; une pénétration orale n'est pas de la sodomie : *R. c. Jacobs* (1817), R. & R. 331, 168 E.R. 830 (C.A.) . . . [p. 216]

[92] La Commission de réforme du droit du Canada a également fait sienne cette conception de la bestialité dans son Document de travail 22, *Droit pénal : infractions sexuelles* (1978). Il est indiqué que la bestialité désigne « les rapports sexuels entre un être humain et un animal » (p. 37). Fait à signaler, la Commission ne croyait pas que les éléments de la bestialité avaient été modifiés en 1955.

rather proposed, as I mentioned earlier, that the offence be repealed, with animal cruelty offences and provincial animal welfare legislation addressing any public policy concerns: *Report on Sexual Offences*, at p. 30.

[93] To sum up on this point, the work of the commentators on the revised *Code* does not support the Crown's position. Their comments overwhelmingly support the view that the 1955 revisions did not bring about any substantive change in the elements of the offence.

(iii) The Crown's Position Is Not Supported by the Principles of Interpretation on Which It Relies

[94] The Crown relies on the interpretative principles that Parliament does not speak in vain and that every word in an enactment must be given a meaning. But this reliance is misplaced.

[95] The Crown says that the amendment using the word bestiality must be understood as having some purpose. But, as Professor Sullivan points out, the presumption that amendments are purposeful is much less strong in relation to the question of whether they change the substantive law. She notes that making formal improvements to the Canadian statute book is a "minor industry" and that the purpose of amendments may be to clarify the meaning or to correct a mistake rather than to change the law: §23.23. She also notes that s. 45(2) of the *Interpretation Act*, which provides that an amendment should not be taken as a declaration that Parliament considered that the amendment changed the law, should serve as a reminder to the courts that amendments do not necessarily intend to bring about substantive change: §23.24. And, as Doherty J.A. noted in *R. v. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, at para. 94, while there is a presumption that when Parliament changes legislation it does so for a purpose, that purpose may be simply to give effect to "benign housekeeping concerns". Adopting a comment from the 5th edition of

Elle n'a pas non plus recommandé d'élargir ces éléments. Comme je l'ai déjà dit, elle a plutôt proposé d'abolir l'infraction puisque les infractions de cruauté envers les animaux et la législation provinciale en matière de protection des animaux répondaient à toute préoccupation de politique générale (*Rapport sur les infractions sexuelles*, p. 32).

[93] Pour résumer ce point, les travaux des auteurs sur le *Code* révisé n'appuient pas la thèse du ministère public. Leurs commentaires étayent en très grande majorité l'opinion selon laquelle la révision de 1955 n'a pas modifié sur le fond les éléments de l'infraction.

(iii) La thèse du ministère public n'est pas étayée par les principes d'interprétation sur lesquels il s'appuie

[94] Le ministère public se fonde sur les principes d'interprétation voulant que le législateur ne parle pas pour ne rien dire et qu'il faille donner un sens à chaque mot d'un texte législatif. Or, c'est à tort qu'il invoque ces principes.

[95] Selon le ministère public, il faut considérer que l'ajout du mot « *bestiality* » dans la version anglaise avait une raison d'être. Mais comme le souligne la professeure Sullivan, la présomption que les modifications ont une raison d'être est beaucoup moins solide lorsqu'il s'agit de savoir si elles ont eu pour effet de modifier le droit substantiel. Elle signale que les améliorations de forme des recueils de lois canadiennes sont [TRADUCTION] « légion » et que les modifications peuvent viser à clarifier le sens ou à corriger une erreur plutôt qu'à modifier le droit (§23.23). Elle indique également que le par. 45(2) de la *Loi d'interprétation*, selon lequel une modification ne constitue pas une déclaration portant que le législateur considérait que la modification a changé les règles de droit, devrait rappeler aux tribunaux que les modifications ne visent pas forcément à apporter un changement de fond (§23.24). De plus, comme le juge Doherty l'a indiqué dans l'arrêt *R. c. L.B.*, 2011 ONCA 153, 274 O.A.C. 365, par. 94, bien que le législateur soit présumé modifier la loi pour une raison, son objectif est peut-être simplement de donner effet à des [TRADUCTION] « préoccupations mineures

Sullivan on the Construction of Statutes (2008), at p. 585, he adds that when an older statute is given a major overhaul as the *Code* was in 1955, "it may be clear that even dramatic changes in wording are meant to simplify or otherwise modernize the style rather than to change the substance of the provision": para. 94.

[96] Here, there is no evidence that any substantive change was intended; quite the opposite. The fact that no substantive change occurred in the French version of the offence leads us to conclude almost inevitably that the change in terminology in the English version was simply intended to give the offence a clearer, more modern wording which would be more consistent with its French equivalent.

[97] Moreover, after the substitution of the word "bestiality" for the words "buggery . . . with any other living creature" every word in the new enactment has meaning. No words are used in vain. Justice Abella reasons that the addition of the offence of bestiality must have been intended to mean something different from buggery. But the offence of bestiality was not added; the word "bestiality" was substituted for the words "buggery . . . with any other living creature". And of course, as Justice Abella writes, bestiality meant something different than buggery in the amended provision. Given the simple substitution of the word "bestiality" for the former words "buggery . . . with any other living creature", buggery in the amended version referred to the offence in relation to human beings. It may be that the amendment made it more clear in the English version that the offence in relation to animals was not limited to anal penetration but included vaginal penetration as well. In any event, there is nothing in this tweak to the English version of the *Code* to support the view that any substantive change to the elements of the offence was intended.

[98] The Crown also relies on the reasoning of the dissenting judge in the Court of Appeal that interpreting bestiality as a subset of buggery gives the

d'ordre administratif ». Souscrivant à un commentaire tiré de la cinquième édition de *Sullivan on the Construction of Statutes* (2008), p. 585, il ajoute que, lorsqu'une loi plus ancienne fait l'objet d'une refonte majeure, comme le *Code* en 1955, « il est parfois évident que même les modifications de libellé les plus draconiennes visent à simplifier ou à moderniser autrement le style plutôt qu'à modifier le contenu de la disposition » (par. 94).

[96] En l'espèce, rien ne prouve qu'un changement de fond était souhaité, bien au contraire. L'absence de modification de fond à la version française de l'infraction nous amène à conclure presque inévitablement que le changement de terminologie dans la version anglaise ne visait qu'à donner à l'infraction une formulation plus claire et plus moderne qui concorderait mieux avec son équivalent français.

[97] De plus, après le remplacement du passage « *buggery [. . .] with any other living creature* » par le mot « *bestiality* », chacun des mots du nouveau texte de loi a un sens. Aucun mot n'est utilisé pour rien. Selon la juge Abella, l'infraction de *bestiality* ajoutée devait sûrement vouloir dire autre chose que celle de *buggery*. Or, l'infraction de *bestiality* n'a pas été ajoutée; le mot « *bestiality* » a été substitué à l'expression « *buggery [. . .] with any other living creature* ». Et bien sûr, comme l'écrit la juge Abella, la *bestiality* avait un sens différent de celui du terme « *buggery* » dans la disposition modifiée. Vu le simple remplacement de l'ancienne expression « *buggery [. . .] with any other living creature* » par le mot « *bestiality* », le terme « *buggery* » figurant dans la version modifiée désigne l'infraction commise avec un être humain. Il se peut que la modification ait précisé dans la version anglaise que l'infraction commise avec des animaux visait non seulement la pénétration anale, mais aussi la pénétration vaginale. Quoi qu'il en soit, cette modification mineure de la version anglaise du *Code* ne permet aucunement d'affirmer qu'un changement de fond des éléments de l'infraction était souhaité.

[98] Le ministère public se fonde aussi sur le raisonnement du juge dissident de la Cour d'appel selon lequel considérer la bestialité comme une

offence an illogical scope because it would restrict it to anal penetration of or by animals: para. 53. However, for the reasons set out earlier, I reject the factual premise of this argument: bestiality was not restricted to anal penetration with animals but included sexual intercourse between humans and animals.

(iv) Conclusion

[99] The text, read in both of its official versions, the legislative history and evolution, all of the commentators and the applicable principles of statutory interpretation provide no support for the Crown's position. They in fact support the opposite view. I conclude that the 1955 revisions to the *Code* did not expand the elements of the bestiality offence and that penetration between a human and an animal was the essence of the offence.

(d) *The 1988 Revisions*

[100] The Crown also relies on the 1988 revisions to the *Code* as "confirming" Parliament's intent to change the scope of the bestiality offence in 1955 so that it included all sexual activity between humans and animals. For the reasons that I have just set out at length, I reject the premise of this submission. There is *nothing* in the 1955 revisions to support the view that Parliament intended any change in the scope of the bestiality offence. *All* the indications are to the opposite effect.

[101] I will nonetheless examine the 1988 revisions to see if they shed additional light on Parliament's intention. Although I will refer to these as the 1988 revisions, the legislative history is somewhat more complicated. What is often referred to as Bill C-15 was enacted as *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, which came into force on January 1, 1988. The sections that are most relevant to this case were renumbered in *An Act to amend the Criminal Code*

sous-catégorie de la sodomie donne à l'infraction une portée illogique puisque cela limiterait cette infraction à la pénétration anale d'un animal ou par un animal (par. 53). Toutefois, pour les motifs exposés précédemment, je rejette la prémisse factuelle de cet argument : la bestialité ne visait pas uniquement la pénétration anale avec un animal; elle englobait aussi les rapports sexuels entre humains et animaux.

(iv) Conclusion

[99] Le texte, lu dans ses deux versions officielles, l'évolution et l'historique législatifs, les propos de tous les auteurs ainsi que les principes applicables en matière d'interprétation législative n'étayent aucunement la thèse du ministère public. En fait, ils étayent le point de vue contraire. Je conclus que la révision de 1955 du *Code* n'a pas élargi les éléments de l'infraction de bestialité et que la pénétration impliquant un être humain et un animal était l'essence même de l'infraction.

d) *La révision de 1988*

[100] Toujours selon le ministère public, la révision de 1988 du *Code* « confirme » l'intention du législateur de changer la portée de l'infraction de bestialité en 1955 de façon à ce que cette infraction englobe toutes les activités sexuelles entre humains et animaux. Pour les motifs que je viens tout juste d'exposer en détail, je rejette la prémisse de cet argument. *Rien* dans la révision de 1955 n'étaye l'opinion selon laquelle le législateur a voulu modifier de quelque façon que ce soit la portée de l'infraction de bestialité. *Tout* indique le contraire.

[101] J'examinerai néanmoins la révision de 1988 pour voir si elle jette un éclairage additionnel sur l'intention du législateur. Bien que j'appelle ces modifications la révision de 1988, l'historique législatif est un peu plus complexe. Ce qui est souvent appelé le projet de loi C-15 a été adopté sous le nom de *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, c. 24, entrée en vigueur le 1er janvier 1988. Les dispositions les plus pertinentes en l'espèce ont été renumérotées dans la *Loi*

and the Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.).

[102] Among other things, Bill C-15 repealed the former buggery offence and replaced it with the new offence of anal intercourse: s. 3, rep. & sub. s. 154, *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, now s. 159. The new anal intercourse offence did not apply to acts in private between husband and wife or between any two people each of whom was 18 years of age or more and who consented to the act: s. 154(2), now s. 159(2). Importantly, the elements of the new offence of anal intercourse were virtually identical to the former offence of buggery with a human: see *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at pp. 187-88. The use of the word "intercourse" in the offence meant that penetration was an essential element of the renamed anal intercourse offence as it had been with the buggery offence.

[103] A second change was that bestiality was given its own section (s. 155, now s. 160) and three new bestiality offences were created: compelling another person to commit bestiality, committing bestiality in the presence of a person under the age of 14 and inciting a person under the age of 14 to commit bestiality (s. 155(2) and (3), now s. 160(2) and (3)). The term "bestiality" was not defined. The s. 160(3) offence (committing bestiality in the presence of a child or inciting a child to commit bestiality) has been amended three times since its initial enactment: by increasing the relevant age from 14 to 16, by imposing mandatory minimum sentences and by increasing the maximum sentence for the offence: see *Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 54; *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 15, and *Tougher Penalties for Child Predators Act*, S.C. 2015, c. 23, s. 5. No definition of the elements of the offence has ever been enacted. The relevant *Code* provision now reads as follows:

modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, c. 19 (3e suppl.).

[102] Entre autres, le projet de loi C-15 a aboli l'ancienne infraction de sodomie et l'a remplacée par la nouvelle infraction de relations sexuelles anales (art. 3, qui a remplacé l'art. 154, *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, par l'actuel art. 159). La nouvelle infraction de relations sexuelles anales ne s'appliquait pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l'intimité par les époux ou par deux personnes âgées d'au moins 18 ans (par. 154(2), maintenant le par. 159(2)). Fait important, les éléments de la nouvelle infraction de relations sexuelles anales étaient pratiquement identiques à ceux de l'ancienne infraction de sodomie entre humains (voir *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, p. 187-188). L'utilisation de l'expression « relations sexuelles » dans le texte créant l'infraction signifiait que la pénétration était un élément essentiel de l'infraction de relations sexuelles anales comme cela l'était pour l'infraction de sodomie.

[103] Une deuxième modification a fait en sorte que la bestialité a fait l'objet d'une disposition distincte (l'art. 155, maintenant l'art. 160) et que trois nouvelles infractions de bestialité ont été créées : forcer une autre personne à commettre un acte de bestialité, commettre un acte de bestialité en présence d'une personne âgée de moins de 14 ans et inciter une personne âgée de moins de 14 ans à commettre un acte de bestialité (par. 155(2) et (3), maintenant les par. 160(2) et (3)). Le terme « bestialité » n'a pas été défini. L'infraction prévue au par. 160(3) (commettre un acte de bestialité en présence d'un enfant ou inciter un enfant à commettre un acte de bestialité) a été modifiée trois fois depuis son adoption initiale : en augmentant l'âge applicable de 14 à 16 ans, en imposant une peine minimale obligatoire et en augmentant la peine maximale (voir la *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 54; la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, art. 15, et la *Loi sur le renforcement des peines pour les prédateurs d'enfants*, L.C. 2015, c. 23, art. 5). Les éléments de l'infraction n'ont jamais été définis. La disposition applicable du *Code* est maintenant rédigée comme suit :

Bestiality

160. (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Compelling the commission of bestiality

(2) Every person who compels another to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Bestiality in presence of or by child

(3) Despite subsection (1), every person who commits bestiality in the presence of a person under the age of 16 years, or who incites a person under the age of 16 years to commit bestiality,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than 14 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term of not more than two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

[104] The Crown submits that the 1988 revisions confirm that not only did Parliament intend, in 1955, to give the term "bestiality" a separate meaning apart from "buggery", but it also meant to give bestiality a broad interpretation not restricted to penetrative conduct. Otherwise, the Crown argues, the changes brought about by the 1988 revisions, as part of a legislative package to protect children from the harm caused by all forms of sexual abuse, would not give full effect to the underlying purpose of the legislation. I cannot accept these submissions.

(i) Context

[105] It will be helpful to begin the analysis by placing the 1988 revisions in the context of the very significant reform of the sexual offences that unfolded in Canada in the 1980s.

Bestialité

160. (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

Usage de la force

(2) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui en force une autre à commettre un acte de bestialité.

Bestialité en présence d'un enfant ou incitation de celui-ci

(3) Malgré le paragraphe (1), toute personne qui commet un acte de bestialité en présence d'une personne âgée de moins de seize ans ou qui l'incite à en commettre un est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

[104] D'après le ministère public, la révision de 1988 confirme que non seulement le législateur a voulu, en 1955, donner au terme « *bestiality* » un sens distinct de celui de « *buggery* », mais qu'il a également voulu lui donner une interprétation large qui ne se limite pas à la pénétration. Sinon, affirme le ministère public, les modifications apportées en 1988 dans le cadre d'un dispositif législatif visant à protéger les enfants contre le tort causé par toute forme d'abus sexuel n'auraient pas donné plein effet à l'objectif sous-jacent de la loi. Je ne saurais accepter ces arguments.

(i) Contexte

[105] Il est utile de commencer l'analyse en situant la révision de 1988 dans le contexte de la réforme très importante des infractions d'ordre sexuel qui a eu lieu au Canada dans les années 1980.

[106] There was a virtually complete overhaul of sexual offences against the person in 1983: *Criminal Law Amendment Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, in force January 1983 (often referred to as Bill C-127). These changes were followed by the 1988 revisions which were focused on enhancing the protection of children against sexual abuse. Through all of these many changes, changes which included fundamental revision of the definition of several sexual offences and the repeal of others, the *Code* continued to make bestiality an offence without further defining it. The fact that Parliament made no change to the definition of bestiality in the midst of this comprehensive revision of the sexual offences supports only the conclusion that it intended to retain its well-understood legal meaning.

(ii) The 1983 Revisions

[107] To return to Bill C-127, one of its main purposes was to make a clear statement that a sexual offence is primarily an act of violence, although it has a sexual component: statement by the Honourable Flora MacDonald during the debates on Bill C-127, *House of Commons Debates*, vol. XVII, 1st Sess., 32nd Parl., August 4, 1982, at p. 20041. As a result, a number of sexual offences were taken out of Part IV of the *Code*, dealing with sexual offences, public morals and disorderly conduct, and new offences were created and added to Part VI, dealing with offences against the person and reputation.

[108] Three of the most significant changes made to the structure of sexual offences were these. Penetration was not an element of the new sexual assault offences. Sexual assaults became gender neutral and could be committed by a person of either sex against another person of either sex. Finally, spousal immunity, which had previously protected husbands from being charged with raping their wives, was removed: C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at pp. 46-47.

[106] Les infractions sexuelles contre la personne ont fait l'objet d'une refonte pratiquement complète en 1983 (*Loi modifiant le droit criminel*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125; en vigueur en janvier 1983 (souvent appelée le projet de loi C-127)). La révision de 1988, qui visait à mieux protéger les enfants contre l'abus sexuel, a suivi. Tout au long de ces nombreuses modifications, qui comprenaient une révision de fond en comble de la définition de plusieurs infractions d'ordre sexuel et l'abrogation de certaines autres, le *Code* a continué de criminaliser la bestialité sans la définir. Le fait que le législateur n'a pas modifié la définition de la bestialité au milieu de cette révision exhaustive des infractions d'ordre sexuel étaye uniquement la conclusion selon laquelle il a voulu que le terme « bestialité » conserve son sens juridique bien défini.

(ii) La révision de 1983

[107] Revenons au projet de loi C-127. L'un de ses principaux objectifs était de déclarer clairement qu'une infraction d'ordre sexuel est avant tout un acte de violence, même si elle a une composante sexuelle (déclaration de l'honorable Flora MacDonald durant les débats sur le projet de loi C-127, *Débats de la Chambre des communes*, vol. XVII, 1re sess., 32e lég., 4 août 1982, p. 20041). Par conséquent, bon nombre d'infractions d'ordre sexuel ont été retirées de la partie IV du *Code*, qui portait sur les infractions de ce genre, les actes contraires à la moralité publique et l'inconduite, et de nouvelles infractions ont été créées et ajoutées à la partie VI, qui portait sur les infractions contre la personne et la réputation.

[108] Trois des plus importantes modifications apportées à la structure des infractions d'ordre sexuel étaient les suivantes. La pénétration n'était pas un élément des nouvelles infractions d'agression sexuelle. Les agressions sexuelles pouvaient désormais être commises par un homme ou une femme contre une autre personne du même sexe ou du sexe opposé. Enfin, l'immunité des époux, qui empêchait auparavant les maris d'être accusés de viol envers leur femme, a été supprimée (C. L. M. Boyle, *Sexual Assault* (1984), p. 46-47).

[109] A number of other changes were also made, such as the repeal of certain sexual offences, including rape and sexual intercourse with the "feeble-minded", and a number of evidentiary changes, including repeal of the statutory requirement for corroboration for certain offences and abrogation of the rule concerning recent complaint: Boyle, at pp. 49-51.

[110] However, a number of the pre-existing sexual offences remained in force after the enactment of Bill C-127: sexual intercourse with females under the age of 14; sexual intercourse with females of previous chaste character; incest; seduction offences; sexual intercourse with children, wards and employees; gross indecency; and, most relevant to our case, buggery and bestiality (see D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), at pp. 87-91). It is worth noting that although the offence of rape was abolished and the new sexual assault offence provisions did not have penetration as one of their essential elements, the remaining offences, apart from gross indecency, expressly provide that "sexual intercourse" is an element. Sexual intercourse was defined in s. 3(6) as being "complete upon penetration to even the slightest degree, notwithstanding that seed is not emitted": now s. 4(5); see Watt, at p. 91. This, of course, is the definition of penetration (or "carnal knowledge") that had been settled for centuries. Thus, the notion remained that penetration was an essential element of several of the retained offences.

[111] Also noteworthy is that the offences of buggery and bestiality remained undefined. As Mr. (now Justice) Watt noted in his text, these offences, "also known as sodomy, may be described as carnal copulation against nature by human beings with each other or with a beast. Some degree of penetration is required and, in the event that both participants are human, the penetration must be *per anum*": pp. 90-91 (footnotes omitted).

[109] Plusieurs autres modifications ont été apportées, telle l'abolition de certaines infractions d'ordre sexuel, notamment le viol et les rapports sexuels avec une personne « faible d'esprit », et de certaines règles de preuve, dont l'abrogation de l'exigence législative de corroboration pour certaines infractions et l'abrogation de la règle concernant la plainte immédiate (Boyle, p. 49-51).

[110] Toutefois, plusieurs infractions d'ordre sexuel qui existaient déjà sont demeurées en vigueur après l'adoption du projet de loi C-127 : les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans, les rapports sexuels avec une personne de sexe féminin de mœurs antérieurement chastes, l'inceste, les infractions de séduction, les rapports sexuels avec un enfant, un pupille ou un employé, la grossière indécence et, les plus pertinentes en l'espèce, la sodomie et la bestialité (voir D. Watt, *The New Offences Against the Person* (1984), p. 87-91). Il vaut la peine de souligner que, bien que l'infraction de viol ait été abolie et que les nouvelles dispositions relatives à l'infraction d'agression sexuelle ne prévoyaient pas que la pénétration était un élément essentiel de celle-ci, les autres infractions, à l'exception de la grossière indécence, comportaient expressément les « rapports sexuels » en tant qu'élément. Les rapports sexuels étaient définis au par. 3(6) comme étant « complets s'il y a pénétration même au moindre degré et bien qu'il n'y ait pas émission de semence » (actuel par. 4(5); voir Watt, p. 91). Bien entendu, il s'agit là de la définition de pénétration (ou de « connaissance charnelle ») qui est établie depuis des siècles. Ainsi, l'idée voulant que la pénétration soit un élément essentiel de plusieurs des infractions conservées a subsisté.

[111] Il importe également de souligner que les infractions de sodomie et de bestialité sont demeurées indéfinies. Comme D. Watt (maintenant juge) l'a fait observer dans son texte, ces infractions [TRADUCTION] « peuvent être décrites comme une copulation contre nature entre humains ou avec un animal. Une certaine pénétration est requise et, dans l'éventualité où les deux participants sont des humains, la pénétration doit être anale » (p. 90-91 (notes de bas de page omises)).

[112] In short, the move away from penetration as an element of the new sexual assault offences did not signal an end to penetration as an element of several other sexual offences retained by Bill C-127. And there is nothing in that legislation to suggest that the long-settled legal definition of bestiality had in any way changed.

(iii) The 1988 Revisions

[113] That brings us to the 1988 revisions. These amendments are found in a larger package of changes to the sexual offences in the *Code* in relation to children. It changed the law of consent in relation to young persons; introduced new, child-specific and gender-neutral offences not dependent on proof of penile penetration: sexual interference, invitation to sexual touching and sexual exploitation; and brought significant change to the rules of evidence applying at trials of sexual offences against children.

[114] Although the focus of the 1988 revisions was the protection of children, they also had features and objectives in common with the amendments of 1983. They intended to give equal protection to victims of sexual abuse, without regard to their sex: House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 1, 2nd Sess., 33rd Parl., November 27, 1986, at pp. 18-19 (Hon. Ramon John Hnatyshyn). They further modified the applicable evidentiary rules, so victims could more easily testify in court, by allowing a child to testify in court if he or she could be sworn or if the judge would determine that he or she could be heard on promising to tell the truth. They also created a broader range of sexual abuse offences, adding such offences as sexual interference, invitation to sexual touching and sexual exploitation.

[115] What does this legislative activity tell us about whether there was a parliamentary intent to expand the scope of criminal liability for bestiality? Before these amendments, as I have discussed

[112] Bref, le fait que la pénétration ne soit pas un élément des nouvelles infractions d'agression sexuelle ne signifie pas qu'elle n'est plus un élément de plusieurs autres infractions d'ordre sexuel maintenues par le projet de loi C-127. Et rien dans cette loi ne porte à croire que la définition juridique établie depuis longtemps de la bestialité avait changé de quelque façon que ce soit.

(iii) La révision de 1988

[113] Cela nous amène à la révision de 1988. Ces modifications s'inscrivent dans une réforme plus large des infractions d'ordre sexuel prévues au *Code* à l'égard des enfants. Cette révision a modifié le droit du consentement dans le cas des adolescents, a introduit de nouvelles infractions visant précisément les enfants et non fondées sur le sexe, qui ne dépendent pas d'une preuve de pénétration du pénis — contacts sexuels, incitation à des contacts sexuels et exploitation sexuelle — et a apporté des modifications importantes aux règles de preuve applicables dans les procès pour infractions sexuelles contre des enfants.

[114] La révision de 1988 était axée sur la protection des enfants, mais elle partageait aussi des caractéristiques et des objectifs avec les modifications de 1983. Elle visait à offrir une protection égale aux victimes d'abus sexuel, sans égard à leur sexe (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, n^{o} 1, 2^{e} sess., 33^{e} lég., 27 novembre 1986, p. 18-19 (l'honorable Ramon John Hnatyshyn)). Elle a également modifié les règles de preuve applicables afin que les victimes puissent témoigner plus facilement en cour, en permettant à un enfant de témoigner s'il pouvait être assermenté ou si le juge décidait qu'il pouvait être entendu sur promesse de dire la vérité. Elle a également créé un éventail plus large d'infractions d'abus sexuel en ajoutant des infractions comme les contacts sexuels, l'incitation à des contacts sexuels et l'exploitation sexuelle.

[115] Que nous enseigne cette activité législative au sujet du point de savoir si le législateur voulait élargir la portée de la responsabilité criminelle en ce qui concerne la bestialité? Avant ces modifications,

in detail earlier, the offence of bestiality had a legal meaning as requiring penetration. That meaning was well known in 1985, as the commentary following the 1955 revisions shows: *Tremeear's Annotated Criminal Code: Canada*, at p. 216; Lagarde, *Nouveau Code Criminel Annoté*, at p. 102; Watt, at pp. 90-91. Parliament continued to use the term "bestiality", without further definition. The element of penetration was explicitly retained in the offence replacing buggery, namely anal intercourse. It is worth noting that with the exception of the offence of sexual intercourse with females under the age of 14, all of the sexual offences that still required penetration following the 1983 revisions and which were not repealed by the 1988 revisions (incest, anal intercourse) continued to require penetration after the 1988 revisions.

comme je l'ai déjà expliqué en détail, l'infraction de bestialité exigeait, suivant son sens juridique, une pénétration. Ce sens était bien connu en 1985, comme le montrent les commentaires suivant la révision de 1955 (*Tremeear's Annotated Criminal Code : Canada*, p. 216; Lagarde, *Nouveau Code Criminel Annoté*, p. 102; Watt, p. 90-91). Le législateur a continué d'utiliser le terme « bestialité », sans le définir. La pénétration est explicitement demeurée un élément de l'infraction qui a remplacé la sodomie, à savoir les relations sexuelles anales. Il vaut la peine de signaler qu'à l'exception de l'infraction consistant à avoir des rapports sexuels avec des filles âgées de moins de 14 ans, toutes les infractions d'ordre sexuel qui requéraient toujours la pénétration après la révision de 1983 et qui n'ont pas été abrogées par la révision de 1988 (l'inceste, les relations sexuelles anales) ont continué d'exiger la pénétration après cette dernière révision.

[116] It defies logic to think that Parliament would rename, redefine and create new sexual offences in a virtually complete overhaul of these provisions in 1983 and 1988 and yet would continue to use an ancient legal term with a well-understood meaning — bestiality — without further definition in order to bring about a substantive difference in the law. The new bestiality offences added in the 1988 revisions, while not changing the definition of the underlying offence, added protections for children in relation to that offence. There is nothing inconsistent with the purpose of these new provisions in the conclusion that the elements of bestiality remained unchanged. There is nothing "absurd" about protecting children from compulsion or exposure to this sort of sexual conduct. And, contrary to what Justice Abella writes, it does not follow that all sexually exploitative acts with animals that do not involve penetration are "perfectly legal": para. 142. Section 160 is not the only protective provision. There were (and still are) other provisions in the *Code* which may serve to protect children (and others) from sexual activity that does not necessarily involve penetration: see, e.g., the current ss. 151, 153, 172 and 173.

[116] Il est illogique de penser que le législateur renommerait ou redéfinirait des infractions existantes et créerait de nouvelles infractions d'ordre sexuel à l'occasion d'une refonte pratiquement complète des dispositions en cause en 1983 et 1988 et qu'il continuerait malgré tout d'utiliser un terme juridique ancien ayant un sens bien défini — bestialité — sans le définir afin de modifier substantiellement le droit. Bien qu'elles n'aient pas modifié la définition de l'infraction sous-jacente, les nouvelles infractions de bestialité ajoutées à la révision de 1988 ont prévu des mesures de protection supplémentaires pour les enfants relativement à cette infraction. Conclure que les éléments de la bestialité sont demeurés inchangés n'a rien d'incompatible avec l'objectif de ces nouvelles dispositions. Il n'y a rien d'« absurde » à protéger les enfants contre l'usage de la force ou l'exposition à ce type de comportement sexuel. Et, contrairement à ce qu'écrit la juge Abella, cela ne signifie pas que tous les actes d'exploitation sexuelle avec des animaux qui n'impliquent pas de pénétration sont « tout à fait légaux » (par. 142). L'article 160 n'est pas la seule disposition protectrice. Le *Code* contenait (et contient toujours) d'autres dispositions qui peuvent servir à protéger les enfants (et d'autres personnes) d'une activité sexuelle qui n'implique pas nécessairement de pénétration (voir, p. ex., les art. 151, 153, 172 et 173 actuels).

[117] The Crown relies on testimony in February 1987 by Richard Mosley, then Senior General Counsel, Criminal Law Policy Section before the Legislative Committee studying Bill C-15 which became *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act* (1987). He was asked a question about the punishment for inciting a young person to commit bestiality if bestiality were not actually committed after having been asked whether the compelling and inciting bestiality provisions were in fact duplicative of the law relating to parties to offences. He responded that inciting was covered and that the compulsion aspect was most likely covered by the party provisions but that there was some doubt. He then added that this doubt, combined with the question of what punishment should apply, were considerations in creating the new bestiality offences. They were not however, the complete reason. He continued:

> The reason had more to do with modifying the offence of bestiality to conform more closely to the approach of the bill. It was concerned more with offences against children, primarily to bring in the notion of the offence of bestiality in the presence of or by a child. The compulsion and sighting [*sic*, read "inciting"] aspect of it was felt to round the application of that offence to any form of conduct involving sex with animals.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, No. 9, 2nd Sess., 33rd Parl., February 17, 1987, at pp. 66-67)

[118] According to the Crown, this answer reveals Parliament's intention to criminalize any type of sexual conduct with an animal, not only sexual acts involving penetration. But this is reading far too much into this isolated comment. The question being answered did not relate to the elements of the offence of bestiality, but was part of a series of questions about why the new compelling and inciting offences

[117] Le ministère public se fonde sur le témoignage livré en février 1987 par Richard Mosley, alors avocat général principal de la Section de la politique du droit en matière pénale, devant le comité législatif qui s'est penché sur le projet de loi C-15, devenu la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada* (1987). On lui a posé une question au sujet de la peine prévue pour incitation d'une jeune personne à commettre un acte de bestialité lorsque cet acte n'a pas été réellement commis, après qu'on lui ait demandé si les dispositions sur l'usage de la force et l'incitation à la bestialité faisaient en réalité double emploi avec les dispositions visant les participants aux infractions. Il a répondu que l'incitation était couverte et que l'usage de la force était fort probablement couvert par les dispositions visant les participants, mais qu'il y avait un doute à cet égard. Il a ensuite ajouté que ce doute, combiné à la question de la peine applicable, était un des facteurs dont on a tenu compte au moment de créer les nouvelles infractions de bestialité. Mais ce n'était pas là la seule et unique raison. Il a poursuivi en ces termes :

> À la vérité, nous avons surtout tenu à ce que les articles concernant les actes de bestialité cadrent avec l'approche que nous avons suivie pour le reste du projet de loi. L'on vise surtout ici les infractions dont sont victimes les enfants, et c'est pourquoi l'on dit en marge « bestialité en présence d'enfants ou incitation de ceux-ci ». En parlant du fait d'être témoin et du fait d'être forcé de commettre un acte de bestialité, nous avons pensé étendre la définition et couvrir toutes les formes d'actes sexuels entrepris avec des animaux.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-15 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, nº 9, 2e sess., 33e lég., 17 février 1987, p. 66-67)

[118] Selon le ministère public, cette réponse révèle l'intention du législateur de criminaliser tout type de contact sexuel avec un animal, et pas seulement les actes sexuels impliquant la pénétration. Or, cela revient à interpréter beaucoup trop largement ce commentaire isolé. La question à laquelle il a répondu n'avait aucun lien avec les éléments de l'infraction de bestialité; elle faisait plutôt partie

were needed at all. The thrust of the answer is that the legislative package was concerned with sexual offences against children and therefore making it an offence to compel or incite children to commit the offence of bestiality was an appropriate addition. There is no hint in any of the parliamentary record that any substantive change to the elements of the offence of bestiality was intended.

[119] The Crown suggests that the French version of s. 160 supports a broader interpretation of bestiality because it uses the words "*un acte de bestialité*" for the English word "bestiality". The Crown submits that this shows an intent to expand the offence beyond requiring penetration. However, this reads too much into the French version of the provision. If bestiality requires penetration, so does "*un acte de bestialité*" just as the English offence of "vagrancy" is not expanded by its French language equivalent "*un acte de vagabondage*": see s. 179(1) and (2) of the *Code*. There is no difference between the meaning of the French and the English versions of these offences.

[120] I also note that authors remain of the view that penetration is an element of bestiality. In *The 2015 Annotated Tremeear's Criminal Code* (2014), at p. 337, the elements of s. 160(1) are described as follows:

> In general, bestiality is committed where D, a human being, carries out intercourse, in any way, with a beast or bird. This form of unnatural sexual indulgence, as well as sodomy, is comprised under the general description "buggery". [Emphasis deleted.]

[121] Similarly, the 2009 edition of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (4th ed.) repeats the traditional legal definition of bestiality as intercourse *per anum* or *per vaginam* by a man or a woman with an animal: p. 931.

d'une série de questions visant à savoir pourquoi les nouvelles infractions d'usage de la force et d'incitation étaient nécessaires. La réponse indique essentiellement que le dispositif législatif portait sur les infractions d'ordre sexuel contre des enfants et que, par conséquent, criminaliser l'usage de la force ou l'incitation d'un enfant à commettre l'infraction de bestialité était un ajout opportun. Rien n'indique dans l'un des procès-verbaux parlementaires qu'un changement de fond des éléments de l'infraction de bestialité était souhaité.

[119] Le ministère public fait valoir que la version française de l'art. 160 étaye une interprétation plus large de la bestialité parce qu'on y utilise l'expression « un acte de bestialité » pour rendre le mot anglais « *bestiality* ». Toujours selon le ministère public, cela révèle l'intention d'élargir l'infraction au-delà de l'exigence qu'il y ait pénétration. Toutefois, le ministère public interprète ainsi trop largement la version française de la disposition. Si la bestialité exige la pénétration, il en va de même pour l'« acte de bestialité », tout comme la portée de l'infraction anglaise de « *vagrancy* » (vagabondage) n'est pas étendue par son équivalent français « un acte de vagabondage » (voir les par. 179(1) et (2) du *Code*). Il n'y a aucune différence de sens entre les versions anglaise et française de ces infractions.

[120] Je relève en outre que les auteurs demeurent d'avis que la pénétration est un élément de la bestialité. Dans *The 2015 Annotated Tremeear's Criminal Code* (2014), p. 337, les éléments du par. 160(1) sont décrits comme suit :

> [TRADUCTION] En général, la bestialité est commise lorsque D, un être humain, a des rapports sexuels, de quelque façon que ce soit, avec une bête ou un oiseau. Cette forme de plaisir sexuel contre nature, tout comme la sodomie, est visée par le terme général « sodomie ». [Caractères gras omis.]

[121] De même, l'édition de 2009 de *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law* (4e éd.) réitère que la bestialité est traditionnellement définie en droit comme des relations sexuelles anales ou vaginales entre un homme ou une femme et un animal (p. 931).

[122] The Crown brings our attention to guilty pleas that have been entered in provincial courts on counts of bestiality, when no penetration had been established. This does not affect the above analysis as none of these cases provides any reasoning to support the view that bestiality does not require penetration. The view that penetration *is* required, has also equally been expressed in provincial courts: see *R. v. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL) (C.J.), at paras. 21-40; *R. v. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, Nos. 150-01-001993-923 and 150-01-002026-921, February 2, 1993, cited in *M.G.*, at para. 42 (fn. 35). The Crown also cites *M.G.*, a case relied on by the trial judge in this case in support of his view that the courts should interpret the elements of offences to "reflect current views on what constitute prohibited sexual acts": para. 315. For the reasons which I have set out at length earlier, this conclusion is wrong in law and the *M.G.* case should not be followed on this point.

D. *Conclusion*

[123] I respectfully agree with the conclusion of the majority of the Court of Appeal: the offence of bestiality under s. 160(1) of the *Code* requires sexual intercourse between a human and an animal.

IV. Disposition

[124] I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[125] Abella J. (dissenting) — This case is about statutory interpretation, a fertile field where deductions are routinely harvested from words and intentions planted by legislatures. But when, as in this case, the roots are old, deep, and gnarled, it is much harder to know what was planted.

[122] Le ministère public attire notre attention sur des plaidoyers de culpabilité enregistrés devant des tribunaux provinciaux relativement à des accusations de bestialité, alors que la pénétration n'avait pas été établie. Cela n'a aucune incidence sur l'analyse qui précède puisqu'aucun de ces cas ne fournit un raisonnement pour étayer l'opinion selon laquelle la bestialité n'exige pas de pénétration. L'avis suivant lequel il *doit* y avoir pénétration a également été exprimé par des tribunaux provinciaux (voir *R. c. Ruvinsky*, [1998] O.J. No. 3621 (QL) (C.J.), par. 21-40; *R. c. Poirier*, C.Q. Chicoutimi, nos 150-01-001993-923 et 150-01-002026-921, 2 février 1993, citée dans *M.G.*, par. 42 (note de bas de page 35)). Le ministère public cite également *M.G.*, une décision sur laquelle s'est fondé le juge du procès en l'espèce pour affirmer que les tribunaux devraient interpréter les éléments des infractions de façon à ce qu'ils [TRADUCTION] « reflètent ce qui est considéré de nos jours comme des actes sexuels prohibés » (par. 315). Pour les motifs que j'ai précédemment exposés en détail, cette conclusion est erronée en droit et la décision *M.G.* ne doit pas être suivie sur ce point.

D. *Conclusion*

[123] Je souscris à la conclusion de la majorité de la Cour d'appel : l'infraction de bestialité prévue au par. 160(1) du *Code* exige qu'il y ait eu des rapports sexuels entre un être humain et un animal.

IV. Dispositif

[124] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[125] La juge Abella (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l'interprétation législative, un terreau fertile où des déductions sont récoltées de façon routinière des mots, et des intentions plantées par les législatures. Mais lorsque, comme en l'espèce, les racines sont anciennes, profondes et noueuses, il est beaucoup plus difficile de savoir ce qui a été planté.

[126] We are dealing here with an offence that is centuries old. I have a great deal of difficulty accepting that in its modernizing amendments to the *Criminal Code*, Parliament forgot to bring the offence out of the Middle Ages. There is no doubt that a good case can be made, as the majority has carefully done, that retaining penetration as an element of bestiality was in fact Parliament's intention.

[127] But I think a good case can also be made that by 1988, Parliament intended, or at the very least assumed, that penetration was irrelevant. This, in my respectful view, is a deduction easily justified by the language, history, and evolving social landscape of the bestiality provision.

Analysis

[128] When "buggery" first appeared as a statutorily prohibited act in 1869,[1] the provision stated that anyone convicted of the "abominable crime of buggery committed either with mankind or with any animal", was liable to be imprisoned for life and for no less than two years.

[129] The next iteration was in 1886[2] when a conviction for buggery "either with a human being or with any other living creature", attracted a penalty of life imprisonment.

[130] In 1892, in the first *Criminal Code*, the same language appeared, namely, everyone who committed "buggery, either with a human being or with any other living creature", was liable to be imprisoned for life. The 1927 *Code* amendments retained this language, and with it the invidious equilateral combining of buggery with a person or with an animal.

[126] Nous sommes saisis d'une infraction vieille de plusieurs siècles. J'ai beaucoup de difficulté à accepter que, dans les modifications modernisatrices qu'il a apportées au *Code criminel*, le Parlement a oublié de sortir l'infraction du Moyen Âge. On peut sans doute bien démontrer, comme l'a fait avec soin la majorité, que le Parlement voulait effectivement que la pénétration demeure un élément de la bestialité.

[127] Mais je crois que l'on peut tout aussi bien démontrer qu'en 1988, le Parlement voulait, ou supposait à tout le moins, que la pénétration ne soit pas pertinente. Cette déduction, avec égards, se justifie aisément par le libellé et l'historique de la disposition sur la bestialité ainsi que par l'évolution de sa réalité sociale.

Analyse

[128] Lorsque le terme « *buggery* » est apparu la première fois en tant qu'acte proscrit par la loi en 1869[1], la disposition prévoyait que toute personne reconnue coupable du « crime abominable de ["*buggery*"], commis soit avec un être humain, soit avec un animal », était passible de l'emprisonnement à perpétuité ou d'au moins deux ans d'emprisonnement.

[129] L'occurrence suivante apparaît en 1886[2], alors qu'une déclaration de culpabilité pour acte de *buggery*, soit avec un être humain, soit avec un animal, était punissable de l'emprisonnement à perpétuité.

[130] En 1892, on retrouvait dans le premier *Code criminel* la même formulation, à savoir que celui qui commet un acte de « *buggery* », soit avec un être humain, soit avec un animal, était passible de l'emprisonnement à perpétuité. Les modifications apportées au *Code* en 1927 ont conservé cette expression de même que l'appariement odieux, sur un même pied, entre l'acte de *buggery* commis avec un être humain et celui commis avec un animal.

1 Section 63 of *An Act respecting Offences against the Person*, S.C. 1869, c. 20.

2 *An Act respecting Offences against Public Morals and Public Convenience*, R.S.C. 1886, c. 157, s. 1.

1 Article 63 de l'*Acte concernant les offenses contre la Personne*, S.C. 1869, c. 20.

2 *Acte concernant les crimes et délits contre les mœurs et la tranquillité publiques*, S.R.C. 1886, c. 157, art. 1.

[131] At no time was the offence of buggery defined, so we are left with the common law definition: *R. v. Summers*, [2014] 1 S.C.R. 575, at para. 55.

[132] The common law origins of the offence were ecclesiastical, and emerged in full moral force from the Church's hegemonic jurisdiction over sexual offences and its abhorrence for non-procreative sexual acts, which were condemned as being "unnatural".

[133] The Church's jurisdiction over sexual offences ended in 1533, but censorious attitudes did not, and death remained the penalty for "the detestable and abominable vice of Buggery committed with mankind or beast": John M. Murrin, "'Things Fearful to Name': Bestiality in Colonial America" (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8, at pp. 8-9; William N. Eskridge, Jr., *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861-2003* (2008), at p. 16; Doron S. Ben-Atar and Richard D. Brown, *Taming Lust: Crimes Against Nature in the Early Republic* (2014), at p. 17.

[134] The question whether these acts were criminal only when there was penetration is, however, far from clear: Graham Parker, "Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime", in Louis A. Knafla, ed., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, at pp. 291-92. There are scarcely any cases dealing with the offence, let alone whether it required penetration. This may be because, as Prof. Parker observed:

> . . . the courts seem remarkably reticent about describing sexual matters with any legal precision. Instead, they prefer to follow the example of James Fitzjames Stephen and decide cases on the basis of moral revulsion. For instance, in a gross indecency case Lord Chief Justice Goddard decided that actual touching did not have to be proved, and any reasonable person would decide that a criminally culpable and grossly indecent exhibition was going on . . . . [Footnotes omitted; p. 297.]

[131] Puisque l'infraction de *buggery* n'a jamais été définie, il ne nous reste que la définition établie en common law (*R. c. Summers*, [2014] 1 R.C.S. 575, par. 55).

[132] Les origines de l'infraction en common law sont ecclésiastiques et elles ont émergé, avec tout leur poids moral, de l'hégémonie qu'exerçait l'Église sur les infractions d'ordre sexuel et de l'aversion de celle-ci envers les actes sexuels non procréateurs, qui étaient jugés « contre nature ».

[133] La juridiction de l'Église sur les infractions d'ordre sexuel a pris fin en 1533, mais non ses attitudes critiques, et la peine capitale est demeurée la peine prévue pour [TRADUCTION] « le vice détestable et abominable de *buggery* commis avec un être humain ou un animal » (John M. Murrin, « "Things Fearful to Name" : Bestiality in Colonial America » (1998), 65:Supp. *Pennsylvania History* 8, p. 8-9; William N. Eskridge, Jr., *Dishonorable Passions : Sodomy Laws in America, 1861-2003* (2008), p. 16; Doron S. Ben-Atar et Richard D. Brown, *Taming Lust : Crimes Against Nature in the Early Republic* (2014), p. 17).

[134] Pour ce qui est de savoir si ces actes étaient criminels seulement quand il y avait pénétration, cela n'est, cependant, pas du tout clair (Graham Parker, « Is A Duck An Animal? An Exploration of Bestiality as a Crime », dans Louis A. Knafla, dir., *Crime, Police and the Courts in British History* (1990), 285, p. 291-292). Il n'y a pratiquement aucune décision portant sur l'infraction, encore moins sur le point de savoir si celle-ci exigeait une pénétration. Il en est peut-être ainsi parce que, comme l'a fait remarquer le professeur Parker :

> [TRADUCTION] . . . les tribunaux semblent remarquablement réticents à décrire les actes de nature sexuelle avec une quelconque précision juridique. Ils préfèrent plutôt suivre l'exemple de James Fitzjames Stephen et trancher ces causes sous l'angle du dégoût moral. Par exemple, dans une affaire de grossière indécence, le lord juge en chef Goddard a décidé qu'il n'était pas nécessaire de prouver les attouchements en tant que tels et que toute personne raisonnable déciderait qu'il y avait eu exhibitionnisme grossièrement indécent de nature à engager la responsabilité criminelle . . . [Notes de bas de page omises; p. 297.]

[135] It is true that in the only two Canadian appellate cases where the offence was referred to — both involving dogs — penetration was found to have occurred: *Henry v. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), and *R. v. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (B.C.C.A.). But this begs the question of whether penetration was *required* as an element of the offence. And this is especially pertinent if one considers that these two decisions were decided before the *Code* was amended in 1955.

[136] The new provision in the 1955 *Code*, s. 147, marked the beginning of a departure from the earlier offence of "buggery with any animal". Section 147 was the first time the offence of "bestiality" was expressly named as such in the English version of the *Code*. Notably, unlike in the previous provisions, buggery and bestiality were now designated as two separate offences:

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51)

Having been rendered asunder from each other, these two offences were now free to consist of different constituent elements that more realistically reflected who or what was involved in the sexual conduct.

[137] What then did Parliament intend the constituent elements of bestiality to be in 1955, and did they include penetration?

[138] At the outset, it is self-evident that the provision is ambiguous, and that genuine ambiguities in enactments which have an impact on liberty should, where possible, be resolved in favour of the accused: *Marcotte v. Deputy Attorney General for Canada*, [1976] 1 S.C.R. 108, at p. 115; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§15.24 and 15.25. But as this Court said in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, this "does not end the question": p. 631. An interpretation more favourable

[135] Certes, dans les deux seules décisions d'appel canadiennes où il était question de l'infraction — les deux concernant des chiens —, les tribunaux concernés ont conclu qu'il y avait eu pénétration (*Henry c. Henry*, [1953] O.J. No. 347 (QL) (C.A.), et *R. c. Wishart* (1954), 110 C.C.C. 129 (C.A. C.-B.)). Mais cela ne répond pas à la question de savoir si la pénétration était *requise* comme élément de l'infraction. Et cela est particulièrement pertinent si l'on considère que ces deux décisions ont été rendues avant que le *Code* ne soit modifié en 1955.

[136] La nouvelle disposition du *Code* de 1955, l'art. 147, marque le début de l'abandon de l'ancienne infraction anglaise de « *buggery with any animal* ». L'article 147 est la première disposition où l'infraction de « *bestiality* » a été expressément nommée telle quelle dans la version anglaise du *Code*. Signalons que, contrairement à ce que prévoyaient les anciennes dispositions, l'acte de *buggery* et l'acte de *bestiality* constituaient désormais deux infractions distinctes :

147. Every one who commits buggery or bestiality is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years.

(*Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51)

Scindées, ces deux infractions pouvaient maintenant se composer d'éléments constitutifs différents indiquant de manière plus réaliste qui ou quoi était impliqué dans l'acte sexuel.

[137] Quels étaient donc les éléments constitutifs de la *bestiality* recherchés par le législateur en 1955, et la pénétration figurait-elle parmi eux?

[138] D'entrée de jeu, il va de soi que la disposition en litige est ambiguë et que les véritables ambiguïtés des textes de loi qui portent atteinte à la liberté devraient, dans la mesure du possible, être résolues en faveur de l'accusé (*Marcotte c. Sous-procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 108, p. 115; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), §15.24 et 15.25). Or, comme l'a affirmé la Cour dans *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, cela « ne règle [. . .] pas

to the accused should not be adopted if it is unreasonable "given the scheme and purpose of the legislation": p. 631. This was explained in *R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, by LeBel J. as follows:

> . . . I have reservations about the proposition that any uncertainty in a charge *must*, as a matter of course, be resolved in favour of the accused. This proposition seems to be based on the strict constructionist approach to interpreting penal legislation that developed in the eighteenth century, when criminal law sanctions were especially severe. By the mid-1980s, however, the presumption of a restrictive interpretation of penal statutes had started to wear thin (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 472-74). A restrictive interpretation *may* be warranted where an ambiguity cannot be resolved by means of the usual principles of interpretation. But it is a principle of last resort that does not supersede a purposive and contextual approach to interpretation . . . . [Underlining added; para. 38.]

(See also *R. v. White*, [2011] 1 S.C.R. 433, at paras. 83-84.)

[139] Applying those "usual principles of interpretation" requires reviewing related *Code* provisions and the context in which the bestiality provision was first introduced in 1955 (Sullivan, at §§13.6 and 13.7; *R. v. Chartrand*, [1994] 2 S.C.R. 864, at pp. 874-75).

[140] As the intervener, Animal Justice, pointed out in its factum, 1955 was also the year amendments were made to the *Code*'s animal cruelty offence — s. 387(1)(*a*).[3] Before s. 387(1)(*a*) was amended, the offence applied to "cattle, poultry, dog, domestic animal or bird, or wild animal or bird in captivity". It also required proof that the accused caused harm "wantonly, cruelly or unnecessarily".[4] Parliament broadened the offence by expanding its scope to cover *all* species of birds and animals, and by lowering the threshold of cruelty to apply to anyone who "wilfully causes . . . unnecessary pain,

la question » (p. 631). Il ne convient pas de retenir une interprétation plus favorable à l'accusé si elle est déraisonnable « compte tenu du régime établi par le texte législatif en question et du but qu'il vise » (p. 631). Le juge LeBel l'a expliqué en ces termes dans *R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26 :

> . . . j'ai des réserves à l'égard de l'affirmation selon laquelle toute incertitude que peut comporter un exposé *doit*, systématiquement, être résolue en faveur de l'accusé. Cette affirmation semble reposer sur le principe de l'interprétation stricte de la législation pénale qui a été élaboré au dix-huitième siècle, soit à une époque où les sanctions pénales étaient particulièrement sévères. Or, vers le milieu des années 1980, la présomption d'interprétation restrictive des lois pénales a commencé à s'effriter (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 472-474). L'interprétation restrictive *peut* être justifiée advenant une ambiguïté qui n'est pas susceptible d'être résolue par les principes d'interprétation habituels. Cependant, ce principe ne s'applique qu'en dernier ressort et il ne prévaut pas sur une interprétation fondée sur l'objet et le contexte . . . [Je souligne; par. 38.]

(Voir aussi *R. c. White*, [2011] 1 R.C.S. 433, par. 83-84.)

[139] Pour appliquer ces « principes d'interprétation habituels », il faut examiner les dispositions connexes du *Code* et le contexte dans lequel la disposition sur la *bestiality* a vu le jour en 1955 (Sullivan, §13.6 et 13.7; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864, p. 874-875).

[140] Comme l'a signalé l'intervenante Animal Justice dans son mémoire, c'est aussi en 1955 que le législateur a modifié l'infraction de cruauté envers les animaux prévue à l'al. 387(1)*a*) du *Code*[3]. Avant la modification de cet alinéa, l'infraction visait les « bestiaux, [l]es volailles, [le] chien, [l']animal ou [l']oiseau domestique, ou [l']animal ou [l']oiseau sauvage en captivité ». De plus, elle exigeait la preuve que l'accusé avait causé un préjudice « [p]ar malice, par cruauté ou sans nécessité »[4]. Le législateur a élargi l'infraction en étendant sa portée à *toutes* les espèces d'oiseaux et d'animaux et en abaissant

[3] Now s. 445.1(1)(a).
[4] 1927 *Criminal Code*, s. 542(*a*).

[3] Actuel al. 445.1(1)a).
[4] *Code criminel* de 1927, al. 542*a*).

suffering or injury". These changes reflected an increased recognition of the importance of protecting animal welfare. As Fraser C.J.A. noted in her dissenting reasons in *Reece v. Edmonton (City)* (2011), 513 A.R. 199 (C.A.), we moved "from a highly exploitive era in which humans had the right to do with animals as they saw fit", to one "where some protection is accorded . . . based on an animal welfare model": para. 54.

[141] It is in this transformed legal environment consisting of more protection for animals, that the offence of "bestiality" first appeared. Whatever the common law meaning of "buggery" with animals had been, the creation of a distinct offence of bestiality in the same year the animal cruelty provisions were expanded to protect more animals from more exploitative conduct reflected, in my respectful view, Parliament's intention to approach the offence differently.

[142] It is hard to attribute to Parliament the inconsistent purpose that animal cruelty protection in the *Code* would now cover *all* birds and animals, but the sexual conduct with animals provision, bestiality, would be limited to those animals whose anatomy permitted penetration. Continuing to impose the penetrative component of buggery on bestiality technically leaves as perfectly legal all sexually exploitative acts with animals that do not involve penetration. And this, in turn, completely undermines the concurrent legislative protections from cruelty and abuse for animals.

[143] Moreover, if the elements of bestiality and buggery were the same, the addition of "bestiality" to the language of s. 147 was redundant and there was no need to change the provision from one prohibiting buggery, as it had for hundreds of years, to one prohibiting buggery *and* bestiality. No legislative

la norme de cruauté pour qu'elle s'applique à quiconque « volontairement cause [. . .] une douleur, souffrance ou blessure, sans nécessité ». Ces changements reflètent une reconnaissance accrue de l'importance d'assurer le bien-être des animaux. Comme l'a fait remarquer la juge en chef Fraser dans les motifs dissidents qu'elle a rédigés dans *Reece c. Edmonton (City)* (2011), 513 A.R. 199 (C.A.), nous sommes passés [TRADUCTION] « d'une époque de grands abus où les humains pouvaient faire des animaux ce qu'ils voulaient » à une ère « où une certaine protection est offerte [. . .] sur le fondement d'un modèle de bien-être des animaux » (par. 54).

[141] C'est dans cet environnement juridique transformé offrant une plus grande protection aux animaux que l'infraction de « *bestiality* » a vu le jour. Quel qu'ait été le sens de « *buggery* » avec un animal en common law, la création d'une infraction distincte de *bestiality* la même année que les dispositions relatives à la cruauté envers les animaux ont été étendues pour protéger plus d'animaux de l'exploitation montre, à mon humble avis, que le législateur voulait aborder l'infraction sous un autre angle.

[142] Il est difficile d'attribuer au Parlement les objectifs incompatibles que la protection offerte par le *Code* aux animaux contre la cruauté s'étende désormais à *tous* les oiseaux et animaux, mais que la disposition relative aux rapports sexuels avec des animaux, soit la *bestiality*, se limite aux animaux dont l'anatomie est susceptible de pénétration. Continuer d'exiger que l'infraction de *bestiality* comporte le même élément de « pénétration » que l'infraction de *buggery* rend, d'un point de vue technique, tout à fait légaux l'ensemble des actes d'exploitation sexuelle commis avec des animaux sans qu'il n'y ait de pénétration. Et cela sape entièrement les dispositions législatives concurrentes qui protègent les animaux contre la cruauté et l'abus.

[143] Qui plus est, si l'acte de *bestiality* et l'acte de *buggery* partageaient les mêmes éléments, l'ajout de la « *bestiality* » à la version anglaise de l'art. 147 était redondant et point n'était besoin de remplacer la disposition interdisant les actes de *buggery* depuis des centaines d'années par une disposition

provision should be interpreted "to render it mere surplusage": *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28; see also *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at p. 188; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838. The addition of the offence of "bestiality", therefore, must have been intended to mean something different from "buggery".

[144] But if there was any doubt about what Parliament envisioned the scope of bestiality to be in 1955, its intention, it seems to me, is even clearer in light of the 1988 Amendments to the *Code*[5] when buggery and bestiality were fully released from their Janus-like relationship into two separate provisions: ss. 159 and 160. This, to me, confirmed Parliament's intent to see them as two separate offences.

[145] In s. 159, the term buggery was not used, and a new offence was set out:

Anal intercourse

159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between

(*a*) husband and wife, or

(*b*) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more, both of whom consent to the act.

Idem

(3) For the purposes of subsection (2),

[5] *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 3; *An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act*, S.C. 1987, c. 24, s. 3.

interdisant ces actes *et* la *bestiality*. Aucune disposition législative ne devrait être interprétée « de façon telle qu'elle devienne superfétatoire » (*R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 28; voir aussi *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170, p. 188; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838). L'infraction de « *bestiality* » ajoutée devait donc avoir une signification différente de celle de « *buggery* ».

[144] Mais s'il persistait quelque doute que ce soit à propos de la manière dont le législateur envisageait la portée de l'infraction de *bestiality* en 1955, son intention me paraît encore plus claire à la lumière des modifications de 1988 au *Code*[5], lorsqu'il a mis fin entièrement au lien antinomique entre la notion de *buggery* et celle de *bestiality* pour leur consacrer deux dispositions distinctes : les art. 159 et 160. Selon moi, cela confirme l'intention du législateur de les voir comme deux infractions distinctes.

[145] À l'article 159, le mot « *buggery* » n'était pas utilisé et une nouvelle infraction était édictée :

Relations sexuelles anales

159. (1) Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Exceptions

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l'intimité par les époux ou par deux personnes âgées d'au moins dix-huit ans.

Idem

(3) Les règles suivantes s'appliquent au paragraphe (2) :

[5] *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. 19 (3e suppl.), art. 3; *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 1987, c. 24, art. 3.

(*a*) an act shall be deemed not to have been engaged in in private if it is engaged in in a public place or if more than two persons take part or are present; and

(*b*) a person shall be deemed not to consent to an act

(i) if the consent is extorted by force, threats or fear of bodily harm or is obtained by false and fraudulent misrepresentations respecting the nature and quality of the act, or

(ii) if the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the person could not have consented to the act by reason of mental disability.

[146] In s. 160, bestiality was still undefined. Its reach was extended, however, to include those who compelled its commission or who committed it in the presence of a child:

Bestiality

160. (1) Every person who commits bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Compelling the commission of bestiality

(2) Every person who compels another to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Bestiality in presence of or by child

(3) Notwithstanding subsection (1), every person who, in the presence of a person under the age of fourteen years, commits bestiality or who incites a person under the age of fourteen years to commit bestiality is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[147] Section 160(3) is, in my respectful view, inarguably a reflection of Parliament's purpose to protect children from witnessing, or being compelled

a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l'intimité s'il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;

b) une personne est réputée ne pas consentir à commettre un acte dans les cas suivants :

(i) le consentement est extorqué par la force, la menace ou la crainte de lésions corporelles, ou est obtenu au moyen de déclarations fausses ou trompeuses quant à la nature ou à la qualité de l'acte,

(ii) le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il ne pouvait y avoir consentement de la part de cette personne du fait de son incapacité mentale.

[146] À l'article 160, l'infraction de *bestiality* (bestialité) n'était toujours pas définie. Elle a cependant été étendue aux personnes qui ont forcé quelqu'un d'autre à la commettre ou qui l'ont commise en présence d'un enfant :

Bestialité

160. (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, quiconque commet un acte de bestialité.

Usage de la force

(2) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui en force une autre à commettre un acte de bestialité.

Bestialité en présence d'enfants ou incitation de ceux-ci

(3) Par dérogation au paragraphe (1), est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui commet un acte de bestialité en présence d'un enfant âgé de moins de quatorze ans ou qui incite celui-ci à en commettre un.

[147] Avec égards, le par. 160(3) témoigne sans aucun doute de l'objectif du Parlement d'empêcher que des enfants soient témoins d'un acte de bestialité

to commit, bestiality. If all Parliament intended was that children be protected from seeing or being made to engage in acts of *penetration* with animals, one could reasonably wonder what the point was of such an unduly restricted preoccupation. Since it is a "well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences" (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 27), surely what Parliament must have intended was protection for children from witnessing or being forced to participate in *any* sexual activity with animals, period.

[148] Parliament's goal of protecting children from sexual conduct with animals in the new bestiality provision can also be inferred from the other changes to the *Code* in the 1988 Amendments. Parliament introduced the offences of sexual interference, sexual exploitation, and invitation to sexual touching, all of which protected minors and none which required penetration. It would be anomalous if no penetration was required for these offences, which focused on protecting children from sexual exploitation generally, but remained an essential element of s. 160(3), which protected children from sexual exploitation with animals.

[149] I do not see the absence of a requirement of penetration as broadening the scope of bestiality. I see it more as a reflection of Parliament's common sense assumption that since penetration is physically impossible with most animals and for half the population, requiring it as an element of the offence eliminates from censure most sexually exploitative conduct with animals. Acts with animals that have a sexual purpose are inherently exploitative whether or not penetration occurs, and the prevention of sexual exploitation is what the 1988 Amendments were all about.

ou forcés d'en commettre un. Si tout ce que le Parlement souhaitait, c'était d'empêcher que des enfants voient des actes de *pénétration* commis avec des animaux ou soient forcés d'en commettre, l'on peut raisonnablement se demander quelle était l'utilité d'une préoccupation aussi indûment restrictive. Puisque selon un « principe bien établi en matière d'interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 27), le Parlement devait certainement vouloir empêcher que des enfants soient témoins de *quelque* activité sexuelle *que ce soit* avec des animaux ou forcés d'y prendre part, point à la ligne.

[148] Le but du Parlement de mettre les enfants à l'abri de rapports sexuels avec des animaux dans la nouvelle disposition sur la bestialité peut également s'inférer des autres modifications de 1988 au *Code*. Le législateur a créé les infractions de contacts sexuels, d'exploitation sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels, lesquelles visaient toutes à protéger les mineurs et aucune d'entre elles n'exigeait de pénétration. Il serait anormal que la pénétration ne soit pas exigée dans le cas de ces infractions, qui étaient axées sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle en général, mais qu'elle demeure un élément essentiel du par. 160(3), qui protégeait les enfants de l'exploitation sexuelle avec des animaux.

[149] Je ne crois pas que l'absence d'exigence de pénétration élargit la portée de la bestialité. J'y vois plutôt un reflet de la supposition logique du Parlement que, comme il est physiquement impossible de pénétrer la plupart des animaux et comme la pénétration est un acte qui est physiquement impossible à accomplir par la moitié de la population, en faire un élément constitutif de l'infraction soustrait à la censure la plupart des actes d'exploitation sexuelle commis avec des animaux. Les actes de nature sexuelle commis avec des animaux relèvent intrinsèquement de l'exploitation, qu'il y ait ou non pénétration, et la prévention de l'exploitation sexuelle était la raison d'être des modifications de 1988.

[150] In fact, and unsurprisingly, after the 1988 Amendments, the elimination of the requirement of penetration appears to have been accepted: *R. v. K.D.H.* (2012), 546 A.R. 248 (Q.B.); *R. v. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426; and *R. v. Black* (2007), 296 Sask. R. 289 (Prov. Ct.)

[151] The majority expressed concerns that an interpretation of "bestiality" that does not require penetration could mean that the stepdaughter, who was not charged, was the principal offender and D.L.W. was a party to the offence. With respect, the fact that the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that D.L.W. had "compelled" bestiality, does not mean that interpreting the offence as including conduct that has a sexual purpose, regardless of whether there is penetration, leads to charges against a victim like the stepdaughter.

[152] She testified that these events began when she was only 15 or 16 years old, that she did not want to participate in sexual conduct with the dog or with her stepfather, and that there were reprisals whenever she refused or hesitated to engage in sexual activity with her stepfather. Her younger sister testified to receiving beatings with a two-by-four after refusing to participate in sexual acts with D.L.W. The trial judge found both sisters credible. Given these circumstances, it is inconceivable that bestiality charges would ever be laid against someone in D.L.W.'s stepdaughter's circumstances.

[153] I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and restore the conviction.

Appeal dismissed, Abella J. *dissenting.*

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

[150] En fait, et ce qui n'est guère surprenant, la suppression de l'exigence de pénétration semble avoir été reconnue après les modifications de 1988 (*R. c. K.D.H.* (2012), 546 A.R. 248 (B.R.); *R. c. J.J.B.B.*, 2007 BCPC 426, et *R. c. Black* (2007), 296 Sask. R. 289 (C. prov.)).

[151] Les juges majoritaires ont dit craindre qu'interpréter la « bestialité » comme n'exigeant pas de pénétration signifie que la belle-fille, non inculpée, était l'auteure principale de l'infraction et que D.L.W. était un participant à l'infraction. Avec égards, le fait que le juge du procès n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que D.L.W. avait « forcé » sa belle-fille à commettre un acte de bestialité ne veut pas dire qu'interpréter l'infraction comme visant une conduite qui a une fin d'ordre sexuel, peu importe qu'il y ait eu ou non pénétration, entraîne le dépôt d'accusations contre une victime comme la belle-fille.

[152] La belle-fille a affirmé que ces événements avaient commencé quand elle n'avait que 15 ou 16 ans, qu'elle ne voulait pas participer à des actes sexuels avec le chien ou avec son beau-père et qu'elle était victime de représailles chaque fois qu'elle refusait de se livrer à une activité sexuelle avec son beau-père ou hésitait à le faire. Sa sœur cadette a dit avoir été battue avec un deux par quatre après avoir refusé de participer à des actes sexuels avec D.L.W. Le juge du procès a jugé les deux sœurs crédibles. Dans ces circonstances, il est inconcevable que des accusations de bestialité soient un jour déposées contre une personne se trouvant dans la situation de la belle-fille de D.L.W.

[153] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, la juge Abella *est dissidente.*

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

Solicitors for the respondent: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Animal Justice, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intervenante : Animal Justice, Toronto.

Rogers Communications Inc. *Appellant*

v.

City of Châteauguay and Attorney General of Quebec *Respondents*

- and -

Rogers Communications Inc. *Appellant*

v.

City of Châteauguay and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Christina White, Federation of Canadian Municipalities, City of Toronto, Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc., Vidéotron s.e.n.c. and Union des municipalités du Québec *Interveners*

Indexed as: Rogers Communications Inc. *v.* Châteauguay (City)

2016 SCC 23

File No.: 36027.

2015: October 9; 2016: June 16.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Pith and substance doctrine — Double aspect doctrine — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve is ultra vires city on basis that it relates in pith and substance to exclusive federal

Rogers Communications Inc. *Appelante*

c.

Ville de Châteauguay et procureure générale du Québec *Intimées*

- et -

Rogers Communications Inc. *Appelante*

c.

Ville de Châteauguay et procureure générale du Québec *Intimées*

et

Procureur général du Canada, Christina White, Fédération canadienne des municipalités, Ville de Toronto, Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc., Vidéotron s.e.n.c. et Union des municipalités du Québec *Intervenants*

Répertorié : Rogers Communications Inc. *c.* Châteauguay (Ville)

2016 CSC 23

N° du greffe : 36027.

2015 : 9 octobre; 2016 : 16 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine du caractère véritable — Théorie du double aspect — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — L'avis de réserve est-il ultra vires de la compétence de la ville parce que son caractère véritable

power — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Constitutional law — Division of powers — Radiocommunication — Interjurisdictional immunity — Notice of establishment of reserve served by city to prevent construction of radiocommunication antenna system on its territory — Whether notice of reserve inapplicable by reason of doctrine of interjurisdictional immunity — Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f) — Constitution Act, 1867, ss. 91(29), 92(10)(a), (13), (16).

Rogers Communications Inc. ("Rogers"), a Canadian corporation, offers various communication services everywhere in Canada. It holds a spectrum licence, which authorizes it to provide services in specified frequency ranges. This licence requires it to meet a number of obligations, one of which is to ensure an adequate network coverage in the geographic regions attributed to it. In the fall of 2007, Rogers decided to construct a new radiocommunication antenna system on the territory of the City of Châteauguay ("Châteauguay") in order to fill gaps in its wireless telephone network. Pursuant to his powers under the *Radiocommunication Act*, the federal Minister of Industry authorized Rogers to install an antenna system on property located at 411 Boulevard Saint-Francis in Châteauguay. Châteauguay, arguing that the health and well-being of people living near such an installation would be at risk, adopted a municipal resolution authorizing the service of a notice of establishment of a reserve that prohibited all construction on the property in question for two years. A few days before the notice was due to lapse, it was renewed for two additional years. Rogers filed a motion to contest the notice of a reserve, arguing that the notice was unconstitutional because it constituted an exercise of the federal power over radiocommunication. Rogers also expressed the view that the notice was either inapplicable to it by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy.

The Superior Court, applying administrative law principles, found that Châteauguay had acted in bad faith, and annulled the notice of a reserve and its renewal, as well as the resolutions on which they were based. The Court of Appeal set aside the Superior Court's judgment and also rejected Rogers' constitutional arguments.

relève d'une compétence fédérale exclusive? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a), (13), (16).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Radiocommunication — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Avis d'imposition de réserve signifié par la ville pour empêcher la construction d'un système d'antennes de radiocommunication sur son territoire — La doctrine de l'exclusivité des compétences rend-elle l'avis de réserve inapplicable? — Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(29), 92(10)a), (13), (16).

Rogers Communications Inc. (« Rogers »), une société canadienne, offre divers services de communication sur l'ensemble du territoire canadien. Elle détient une licence de spectre qui l'autorise à exploiter ses services dans certaines gammes de fréquence. Cette licence lui impose plusieurs obligations, dont celle d'assurer une couverture de réseau adéquate dans les régions géographiques qui lui sont attribuées. À l'automne 2007, Rogers décide d'ériger un nouveau système d'antennes de radiocommunication sur le territoire de la Ville de Châteauguay (« Châteauguay ») afin de combler des lacunes dans son réseau de téléphonie sans fil. En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la radiocommunication*, le ministre fédéral de l'Industrie a autorisé Rogers à installer un système d'antennes sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis ») à Châteauguay. Invoquant le risque pour la santé et le bien-être des citoyens qui résident à proximité d'une telle installation, Châteauguay a adopté une résolution municipale autorisant la signification d'un avis d'imposition de réserve qui interdit toute construction sur le terrain en question pour une période de deux ans. Quelques jours avant son expiration, cet avis fut renouvelé pour une période additionnelle de deux ans. Rogers dépose une requête pour contester l'avis et allègue que l'avis de réserve est inconstitutionnel puisqu'il constitue un exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Rogers estime en outre que l'avis lui serait inapplicable en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences, ou encore inopérant en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

Appliquant les principes de droit administratif, la Cour supérieure conclut à la mauvaise foi de Châteauguay et annule l'avis de réserve et son renouvellement, ainsi que les résolutions à l'appui. La Cour d'appel infirme le jugement de première instance et rejette également les arguments d'ordre constitutionnel soulevés par Rogers.

Held: The appeal should be allowed. The notice of a reserve is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ.: The notice of a reserve is *ultra vires*, because it constitutes an exercise of the federal power over radiocommunication, which is an exclusive federal power. In analyzing the pith and substance of the notice of a reserve, a court must consider both its purpose and its effects. An analysis of the evidence in this regard leads to but one conclusion: the purpose of the notice of a reserve was to prevent Rogers from installing its radiocommunication antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis by limiting the possible choices for the system's location. The same conclusion applies with regard to the legal and practical effects of the notice of a reserve. Even if this measure addressed health concerns raised by certain residents, the fact remains that it would constitute a usurpation of the federal power over radiocommunication. The principle of co-operative federalism is of no assistance in this case, as it can neither override nor modify the division of powers itself. It cannot be seen as imposing limits on the valid exercise of legislative authority. Nor can it support a finding that an otherwise unconstitutional measure is valid.

The notice of a reserve does not have a double aspect. Because the pith and substance of the notice of a reserve is the choice of the location of radiocommunication infrastructure, there is no equivalence between the federal aspect, that is, the power over radiocommunication, and the provincial aspects, namely the protection of the health and well-being of residents living nearby and the harmonious development of the municipality's territory. A finding that the siting of radiocommunication infrastructure has a double aspect would imply that both the federal and provincial governments can legislate in this regard, which would contradict the precedent established by the Privy Council in *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304, to the effect that the federal jurisdiction over the siting of such infrastructure is exclusive.

Although the application of the pith and substance doctrine suffices to dispose of the appeal, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity is also discussed in order to clarify the law. The application of this doctrine is generally reserved for situations that are already covered by precedent. There is a precedent that supports the application of interjurisdictional immunity in this situation, namely the Privy Council's decision in

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'avis de réserve est inconstitutionnel.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown : L'avis de réserve est *ultra vires* puisqu'il constitue l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive. L'analyse du caractère véritable de l'avis de réserve requiert l'examen tant de son objet que de ses effets. L'analyse de la preuve à cet égard n'autorise qu'une conclusion : l'objet de l'avis de réserve est d'empêcher Rogers d'installer son système d'antennes de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis en circonscrivant le choix de l'emplacement de ce système. La même conclusion s'impose au regard des effets juridiques et pratiques de l'avis de réserve. Même si cette mesure répondait à des préoccupations de santé soulevées par certains citoyens, il n'en demeure pas moins qu'elle usurperait l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Le principe du fédéralisme coopératif n'est d'aucune assistance en l'espèce puisqu'il ne peut ni l'emporter sur le partage des compétences lui-même ni le modifier. Il ne peut être considéré comme imposant des limites à l'exercice valide d'une compétence législative. Il ne peut non plus être utilisé pour valider des mesures inconstitutionnelles.

L'avis de réserve ne jouit pas d'un double aspect. En effet, puisque le caractère véritable de l'avis de réserve est de choisir l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication, il n'y a pas d'équivalence entre l'aspect fédéral, soit sa compétence en matière de radiocommunication, et les aspects provinciaux, soit la protection de la santé et du bien-être des résidents à proximité et le développement harmonieux du territoire. Reconnaître un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive.

Bien que l'application de la doctrine du caractère véritable suffise pour disposer du pourvoi, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences est également abordée afin de clarifier le droit. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences est généralement limitée à des situations déjà traitées par les tribunaux dans le passé. Il existe un précédent donnant ouverture à l'application de cette doctrine à la présente

Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada, [1905] A.C. 52, which suggests that the siting of telecommunications infrastructure is at the core of the federal power. Moreover, the evidence in the record favours such a finding as regards the siting of radiocommunication antenna systems, given that it is the appropriate and specific siting of antenna systems that ensures the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. The siting of antenna systems is part of the core of the federal power over radiocommunication; any other conclusion would make it impossible for Parliament to achieve the purpose for which this power was conferred on it.

Thus, the notice of a reserve seriously and significantly impaired the core of the federal power over radiocommunication. The facts show that Rogers was unable to meet its obligation to serve the geographic area in question as required by its spectrum licence. The notice prevented Rogers from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two successive two-year periods, and there was no alternative solution to which it could have turned on short notice. The notice of a reserve served on Rogers is therefore inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

Per Gascon J.: Contrary to the opinion expressed by the majority, the notice of a reserve is *intra vires* Châteauguay, and the appeal should be resolved on the basis not of the pith and substance doctrine, but of the doctrine of interjurisdictional immunity.

The determination of a legislative measure's pith and substance is a delicate exercise of judgment that requires a court to consider and assess the impugned measure as a whole, weighing all its aspects. Although an overly general approach that would make the pith and substance analysis superficial is not recommended, the identification of the matter to which the measure relates requires the adoption of a flexible approach tailored to the modern conception of federalism, which allows for some overlapping and favours a spirit of co-operation. It is therefore necessary to consider the context of the adoption of the resolution authorizing the notice of a reserve and the purpose of issuing the notice while bearing in mind the presumption of validity of a provincial or municipal measure. The factual context supports the existence of another normative perspective that relates to provincial jurisdiction. The history and the preamble

situation, soit l'arrêt du Conseil privé *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, qui suggère que l'emplacement des infrastructures dans le domaine des télécommunications relève du cœur de la compétence fédérale. Par ailleurs, la preuve présentée ici milite en faveur d'une telle conclusion dans le cas du choix de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication puisque c'est l'emplacement adéquat et précis des systèmes d'antennes qui permet d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada. La détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes est au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et il est absolument nécessaire qu'il en soit ainsi pour que le Parlement puisse réaliser l'objet pour lequel ladite compétence lui a été attribuée.

L'avis de réserve constitue donc une atteinte grave et importante au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. Les faits démontrent que Rogers n'était pas en mesure de satisfaire à son obligation de desservir la région géographique en cause, telle que l'exigeait sa licence de spectre. Cet avis de réserve a empêché Rogers de construire son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour deux périodes successives de deux ans, alors qu'il n'existait aucune solution de rechange à laquelle elle aurait pu recourir à brève échéance. Ainsi, la doctrine de l'exclusivité des compétences rend inapplicable l'avis de réserve signifié à Rogers.

Le juge Gascon : Contrairement à l'opinion exprimée par la majorité, l'avis de réserve est *intra vires* des pouvoirs de Châteauguay et le pourvoi doit se résoudre non pas en vertu de la doctrine du caractère véritable, mais en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences.

Déterminer le caractère véritable d'une mesure législative demeure un délicat exercice de jugement qui commande d'évaluer et d'apprécier la mesure contestée dans son ensemble, en soupesant toutes ses facettes. Sans préconiser une démarche trop générale qui rendrait l'analyse du caractère véritable superficielle, l'identification de la matière sur laquelle porte la mesure requiert l'adoption d'une approche souple, adaptée à la conception moderne du fédéralisme qui permet certains chevauchements et favorise un esprit de coopération. Il est donc nécessaire de tenir compte du contexte de l'adoption de la résolution autorisant l'avis de réserve et de l'objet de l'imposition de l'avis en gardant à l'esprit la présomption relative à la validité d'une mesure provinciale ou municipale. Le contexte factuel appuie l'existence d'une autre perspective normative qui relève de la compétence provinciale. L'historique et le préambule de la résolution

to the municipal resolution show that Châteauguay opposed the construction of a tower on the property at 411 Boulevard St-Francis not simply to control the siting of a radiocommunication system, but to respond to its residents' concerns about their health and well-being. These matters correspond to a valid municipal purpose and fall within the provincial heads of power provided for in s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

As regards the effects of the notice of a reserve, its legal effect must be distinguished from its practical effect. Although in practice, the effect of the notice is to prohibit Rogers from constructing its radiocommunication tower on the property at 411 Boulevard St-Francis, the notice's legal effect opens the way for Châteauguay to exercise its powers of expropriation, which falls within its jurisdiction to regulate the development of its territory in accordance with its needs and priorities. This more nuanced understanding of the effects of the notice is in line with a more flexible conception of the pith and substance doctrine that is more consistent with the guiding principles already set out and that favours a more accurate understanding of the matter to which the notice actually applies.

The effects of a municipal measure must be considered in conjunction with its purpose. The fact that such a measure affects a federal head of power does not on its own explain why the action was taken. However, the evidence in the record does clearly show what motivated it, which, moreover, appears to outweigh its effects. Thus, if the resolution's purposes and effects are considered as a whole in a comprehensive analysis of the pith and substance, the purposes that were pursued and achieved in establishing the land reserve were to ensure the harmonious development of the territory of Châteauguay, to allay its residents' concerns and to protect their health and well-being, despite the fact that there was clearly an effect on the siting of Rogers' radiocommunication tower. This approach tends to support a finding that the actions of the governments at both levels are valid and to favour the key principles underlying the division of powers, including subsidiarity and co-operative federalism.

On the basis of the doctrine of interjurisdictional immunity, the notice of a reserve nevertheless impairs the core of the federal power over radiocommunication. The choice of location or the siting of antenna systems is at the core of that power. By blocking the location decided on in accordance with the procedure provided for in the *Radiocommunication Act* and circular *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting*

municipale font ressortir que Châteauguay ne s'est pas opposée à la présence d'une tour sur le 411 Saint-Francis simplement pour contrôler l'emplacement d'un système de radiocommunication, mais pour répondre aux préoccupations de ses résidents quant à leur santé et leur bien-être. Ces matières correspondent à une fin municipale valide et entrent dans les champs de compétence provinciaux des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Quant aux effets de l'avis de réserve, il faut distinguer son effet juridique de son effet pratique. Bien qu'en pratique, l'effet de l'avis se traduit par une interdiction pour Rogers de bâtir sa tour de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, son effet juridique ouvre la porte à un exercice par Châteauguay de ses pouvoirs d'expropriation, ce qui relève de sa compétence de réglementer l'aménagement de son territoire selon ses besoins et priorités. Cette vision plus nuancée des effets de l'avis s'inscrit dans une conception plus souple de la doctrine du caractère véritable qui concorde mieux avec les principes directeurs énoncés et qui favorise une conception plus juste de la matière réellement visée par l'avis.

Les effets d'une mesure municipale doivent être considérés en conjonction avec son objet. Le simple fait que la mesure municipale affecte un champ de compétence fédéral ne dit pas pourquoi le geste est entrepris. Or, la preuve retenue cerne bien cette motivation qui, du reste, apparaît dominante par rapport aux effets de la mesure. Ainsi, lorsque l'objet et les effets de la résolution sont considérés dans leur ensemble dans une analyse globale du caractère véritable, le but recherché et obtenu par l'imposition de la réserve foncière reste l'aménagement harmonieux du territoire de Châteauguay, l'apaisement des inquiétudes de ses résidents et la protection de leur santé et de leur bien-être, malgré l'existence d'un effet certain sur l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers. L'adoption d'une approche semblable permet de favoriser la validité des gestes des deux ordres de gouvernement et de promouvoir des principes clés sous-tendant le partage des compétences, tels la subsidiarité et le fédéralisme coopératif.

En appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences, l'avis de réserve entrave néanmoins le cœur de la compétence fédérale sur les radiocommunications. Le choix ou la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes se situe au cœur de cette compétence. En faisant échec à l'emplacement déterminé selon le mécanisme prévu à la *Loi sur la radiocommunication* et à la circulaire *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de*

Antenna Systems, the notice intrudes significantly on a vital and essential aspect of the power.

Cases Cited

By Wagner and Côté JJ.

Distinguished: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; **applied:** *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **referred to:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. v. Quebec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 S.C.R. 878; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Telus Communications Co. v. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656.

By Gascon J.

Applied: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **referred to:** *Nova Scotia*

radiocommunications et de radiodiffusion, l'avis de réserve empiète de façon importante sur un élément du contenu vital et essentiel de la compétence.

Jurisprudence

Citée par les juges Wagner et Côté

Distinction d'avec l'arrêt : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; **arrêt appliqué :** *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **arrêts mentionnés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Telus Communications Co. c. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656.

Citée par le juge Gascon

Arrêt appliqué : *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52; **arrêts**

Board of Censors v. McNeil, [1978] 2 S.C.R. 662; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725.

mentionnés : *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities, R.S.Q., c. P-41.1.
Cities and Towns Act, CQLR, c. C-19, ss. 29.4, 570.
Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, (29), 92(10)(*a*), (13), (16).
Expropriation Act, CQLR, c. E-24, ss. 69 et seq.
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 5(1)(f).

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), (29), 92(10)*a*), (13), (16).
Loi sur l'expropriation, RLRQ, c. E-24, art. 69 et suiv.
Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles, L.R.Q., c. P-41.1.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 5(1)f).
Loi sur les cités et villes, RLRQ, c. C-19, art. 29.4, 570.

Authors Cited

Canada. Health Canada. Consumer and Clinical Radiation Protection Bureau. *Limits of Human Exposure to Radiofrequency Electromagnetic Energy in the Frequency Range from 3 kHz to 300 GHz (Safety Code 6)*. Ottawa: Health Canada, 2009.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Industrie Canada. Gestion du spectre et télécommunications. *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de radiocommunications et de radiodiffusion*, 4e éd., juin 2007.

Canada. Industry Canada. Spectrum Management and Telecommunications. *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems*, issue 4, June 2007.

City of Châteauguay. Conseil municipal. Résolution nº 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne: www.ville.chateauguay.qc.ca/Proces-verbal-seance-2010-10-04).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Lederman, W. R. "Classification of Laws and the British North America Act", in W. R. Lederman, ed., *The Courts and the Canadian Constitution*. Toronto: McClelland and Stewart, 1964, 177.

Lederman, W. R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.

Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2013.

Ryan, Michael H. "Telecommunications and the Constitution: Re-Setting the Bounds of Federal Authority" (2010), 89 *Can. Bar Rev.* 695.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Dutil and Léger JJ.A.), 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, [2014] AZ-51078720, [2014] J.Q. nº 5163 (QL), 2014 CarswellQue 13182 (WL Can.), setting aside in part a decision of Perrault J., 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, 110 L.C.R. 81, [2013] AZ-50985779, [2013] J.Q. nº 7419 (QL), 2013 CarswellQue 8577 (WL Can.). Appeal allowed.

John B. Laskin, *Nicholas Kennedy*, *Pierre Y. Lefebvre* and *Vincent Cérat Lagana*, for the appellant.

Patrice Gladu and *Sébastien Dorion*, for the respondent the City of Châteauguay.

Benoît Belleau, *Simon Larose* and *Hugo Jean*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Pierre Salois and *François Joyal*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Canada. Santé Canada. Bureau de la protection contre les rayonnements des produits cliniques et de consommation. *Limites d'exposition humaine à l'énergie électromagnétique radioélectrique dans la gamme de fréquences de 3 kHz à 300 GHz (Code de sécurité 6)*, Ottawa, Santé Canada, 2009.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Lederman, W. R. « Classification of Laws and the British North America Act », in W. R. Lederman, ed., *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart, 1964, 177.

Lederman, W. R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas : Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*, Toronto, Butterworths, 1981.

Monahan, Patrick J., and Byron Shaw. *Constitutional Law*, 4th ed., Toronto, Irwin Law, 2013.

Ryan, Michael H. « Telecommunications and the Constitution : Re-Setting the Bounds of Federal Authority » (2010), 89 *R. du B. can.* 695.

Ville de Châteauguay. Conseil municipal. Résolution nº 2010-904, adoptée lors de la séance ordinaire du 4 octobre 2010 (en ligne : www.ville.chateauguay.qc.ca/Proces-verbal-seance-2010-10-04).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Dutil et Léger), 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, [2014] AZ-51078720, [2014] J.Q. nº 5163 (QL), 2014 CarswellQue 5123 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Perrault, 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, 110 L.C.R. 81, [2013] AZ-50985779, [2013] J.Q. nº 7419 (QL), 2013 CarswellQue 7250 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

John B. Laskin, *Nicholas Kennedy*, *Pierre Y. Lefebvre* et *Vincent Cérat Lagana*, pour l'appelante.

Patrice Gladu et *Sébastien Dorion*, pour l'intimée la Ville de Châteauguay.

Benoît Belleau, *Simon Larose* et *Hugo Jean*, pour l'intimée la procureure générale du Québec.

Pierre Salois et *François Joyal*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

No one appeared for the intervener Christina White.

Stéphane Émard-Chabot, for the intervener the Federation of Canadian Municipalities.

Darrel A. Smith and *Jared Wehrle*, for the intervener the City of Toronto.

Mathieu Quenneville, *Stephen Schmidt*, *Valérie Beaudin* and *Roudine Ishak*, for the interveners Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. and Vidéotron s.e.n.c.

Marc-André LeChasseur, for the intervener Union des municipalités du Québec.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté and Brown JJ. delivered by

Wagner and Côté JJ. —

I. Introduction

[1] Wireless telephony now dominates the means by which Canadian individuals and businesses communicate with one another every day. The use of mobile telephones on this scale requires an efficient national radiocommunication network, the existence of which inevitably gives rise to regulatory difficulties. Although it is well established that Parliament has exclusive jurisdiction in the sphere of radiocommunication, this appeal raises the question whether a municipality may intervene in the siting of a radiocommunication antenna system. If the answer is yes, the scope of that intervention must be determined.

[2] Pursuant to his powers under the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, the Minister of Industry ("Minister") authorized Rogers Communications Inc. ("Rogers") to install an antenna system on property located at 411 Boulevard Saint-Francis in the municipality of Châteauguay for the purpose of improving its cellular telephone network. The

Personne n'a comparu pour l'intervenante Christina White.

Stéphane Émard-Chabot, pour l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

Darrel A. Smith et *Jared Wehrle*, pour l'intervenante la Ville de Toronto.

Mathieu Quenneville, *Stephen Schmidt*, *Valérie Beaudin* et *Roudine Ishak*, pour les intervenantes Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. et Vidéotron s.e.n.c.

Marc-André LeChasseur, pour l'intervenante l'Union des municipalités du Québec.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Côté et Brown a été rendu par

Les juges Wagner et Côté —

I. Introduction

[1] La téléphonie sans fil occupe désormais une place prédominante parmi les moyens de communication utilisés quotidiennement au Canada tant par les citoyens que par les entreprises. Un tel recours aux téléphones mobiles est tributaire d'un réseau national efficace de radiocommunication, dont l'existence engendre inévitablement des difficultés sur le plan de la réglementation. S'il est bien établi que le législateur fédéral exerce une compétence exclusive dans le domaine des radiocommunications, le présent pourvoi soulève la question de savoir si une municipalité peut intervenir dans le choix de l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication et, dans l'affirmative, celle de déterminer l'étendue de cette intervention.

[2] En vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2, le ministre de l'Industrie (« ministre ») a autorisé Rogers Communications Inc. (« Rogers ») à installer un système d'antennes sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis ») dans la municipalité de

City of Châteauguay ("Châteauguay"), arguing that the health and well-being of people living near such an installation would be at risk, adopted a municipal resolution authorizing the service of a notice of establishment of a reserve ("notice of a reserve") that prohibited all construction on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two years pursuant to the *Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, and the *Expropriation Act*, CQLR, c. E-24. A few days before the reserve was due to lapse, it was renewed for two additional years.

[3] Rogers argues that the notice of a reserve is unconstitutional. In its opinion, the issuance of the notice constitutes an exercise of the federal power over radiocommunication and is therefore *ultra vires* the province. Rogers is also of the view that the notice is either inapplicable to it by reason of the doctrine of *interjurisdictional immunity* or inoperative by reason of the doctrine of *federal paramountcy*. Finally, Rogers contests the validity of the notice from the standpoint of municipal law.

[4] The respondents, Châteauguay and the Attorney General of Quebec ("AGQ"), counter that the notice of a reserve is *intra vires* the province, as its issuance constitutes a valid exercise of the provincial powers over property and civil rights in the province and generally all matters of a merely local or private nature. They also argue that the notice is neither inapplicable to Rogers nor inoperative by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity or that of federal paramountcy. Finally, they submit that, under municipal law, the issuance of the notice constitutes a valid exercise of powers delegated to Châteauguay.

[5] We are of the opinion that in light of the purpose and the effects of the notice of a reserve, its pith and substance is the siting of a radiocommunication antenna system, which represents an exercise of federal jurisdiction. The notice is therefore *ultra vires* the province. In the circumstances, the notice impairs the core of the federal power over

Châteauguay afin d'améliorer son réseau de téléphonie cellulaire. Invoquant le risque pour la santé et le bien-être des citoyens qui résident à proximité d'une telle installation, la Ville de Châteauguay (« Châteauguay ») a adopté une résolution municipale autorisant la signification d'un avis d'imposition de réserve (« avis de réserve ») interdisant toute construction sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour une période de deux ans en conformité avec la *Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, et la *Loi sur l'expropriation*, RLRQ, c. E-24. Quelques jours avant son expiration, cette réserve fut renouvelée pour une période additionnelle de deux ans.

[3] Rogers allègue que l'avis est inconstitutionnel. En effet, pour Rogers, l'avis de réserve constituerait un exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et serait ainsi *ultra vires* des compétences provinciales. Rogers estime en outre que l'avis lui serait inapplicable en raison de la doctrine de l'*exclusivité des compétences*, ou encore inopérant en application de la doctrine de la *prépondérance fédérale*. Finalement, Rogers conteste la validité de l'avis de réserve sur le plan du droit municipal.

[4] Pour leur part, les intimées, Châteauguay et la procureure générale du Québec (« PGQ »), soutiennent que l'avis de réserve est *intra vires* des compétences provinciales, puisqu'il s'agit d'un exercice valide des compétences provinciales en matière de propriété et de droits civils dans la province et de généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée. En outre, selon les intimées, les doctrines de l'exclusivité des compétences et de la prépondérance fédérale ne rendent l'avis ni inapplicable à Rogers ni inopérant. Elles font finalement valoir que l'avis constitue, eu égard au droit municipal, un exercice valide des pouvoirs délégués à Châteauguay.

[5] Nous sommes d'opinion qu'en raison de son objet et de ses effets le caractère véritable de l'avis de réserve est de déterminer l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication, ce qui constitue l'exercice d'une compétence fédérale. L'avis de réserve est ainsi *ultra vires* des compétences provinciales. Au surplus, l'avis de réserve

radiocommunication in that it compromises the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. In addition, it is inapplicable to Rogers by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

II. Facts

[6] Rogers, a Canadian corporation, offers various communication services — including that of wireless telephony, a form of radiocommunication — everywhere in Canada. It holds a spectrum licence, which authorizes it to provide services in specified frequency ranges. This licence requires it to meet a number of obligations, one of which is to ensure an adequate network coverage in the geographic regions attributed to it. To do this, Rogers must install and operate radio stations.

[7] In the fall of 2007, Rogers decided to construct a new radiocommunication antenna system on the territory of the city of Châteauguay in order to fill gaps in its wireless telephone network. For this, it identified an optimal "search area" within which there were a few sites that might enable it to ensure that its network provided adequate coverage.

[8] Rogers has no power of expropriation. To be able to construct its installation in the established search area, it must therefore reach an agreement with an owner of property located there. It is in this context that Rogers entered into a lease with the owner of the property at 411 Boulevard Saint-Francis in December 2007.

[9] Before installing its system, Rogers also had to obtain the Minister's approval for a specific site under s. 5(1)(f) of the *Radiocommunication Act*. To do this, it had to submit to a 120-day public consultation process, as was required by circular *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems* ("*Circular*"), published by Industry Canada. The *Circular* required that both the public and the land-use authority ("LUA") — Châteauguay in this case — be consulted. The purpose

empiète sur le cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication, puisqu'il compromet le développement ordonné et l'exploitation efficace des radiocommunications au Canada. Selon la doctrine de l'exclusivité des compétences, il est donc inapplicable à Rogers.

II. Faits

[6] Rogers, une société canadienne, offre divers services de communication — dont celui de téléphonie sans fil, une forme de radiocommunication — sur l'ensemble du territoire canadien. Elle détient une licence de spectre qui l'autorise à exploiter ses services dans certaines gammes de fréquence. Cette licence lui impose plusieurs obligations, dont celle d'assurer une couverture de réseau adéquate dans les régions géographiques qui lui sont attribuées. Pour ce faire, Rogers doit installer et exploiter des stations de radiocommunication.

[7] À l'automne 2007, Rogers décide d'ériger un nouveau système d'antennes de radiocommunication sur le territoire de la ville de Châteauguay afin de combler des lacunes dans son réseau de téléphonie sans fil. Elle identifie donc une « aire de recherche » optimale à l'intérieur de laquelle certains sites sont susceptibles de lui permettre d'assurer une couverture adéquate de son réseau.

[8] Rogers ne possède aucun pouvoir d'expropriation. Elle doit donc s'entendre avec le propriétaire d'un terrain situé dans l'aire de recherche établie pour pouvoir y aménager ses installations. C'est dans ce contexte que Rogers conclut, en décembre 2007, un bail avec le propriétaire du terrain situé au 411 Saint-Francis.

[9] Avant d'installer son système, Rogers doit en outre obtenir l'approbation du ministre pour un site spécifique, en application de l'al. 5(1)f) de la *Loi sur la radiocommunication*. Pour ce faire, Rogers doit se soumettre à un processus de consultation publique d'une durée de 120 jours, tel que l'exige la circulaire *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de radiocommunications et de radiodiffusion* (« *Circulaire* »), publiée par Industrie Canada. Selon cette *Circulaire*, tant la population que l'autorité responsable

of this consultation was to identify concerns about the proposed installation and ensure that the licence holder reached an understanding with the LUA. Following the consultation process, the Minister had to decide whether the licence holder had met the requirements of the *Circular*. The Minister could also resolve any impasse reached in the discussions between the parties regarding the construction of the antenna system by making a final decision in that regard.

[10] In March 2008, Rogers notified Châteauguay of its intention to set up a radiocommunication system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis and initiated the consultation process required by the *Circular*.

[11] Châteauguay expressed its opposition to the project on April 28, 2008. It argued that the project would contravene the municipality's zoning by-law and would be visually disagreeable, and expressed a concern for a potential adverse impact on the health and safety of people living in an adjacent residential area. Châteauguay accordingly proposed three alternatives to Rogers: (1) to install another antenna on an existing site; (2) to increase the power of the signal from an existing antenna; or, as a last resort, (3) to construct the proposed antenna system on another lot located at 50 Boulevard Industriel.

[12] On August 28, 2008, Rogers advised Châteauguay that it had studied the proposed alternatives, but that the existing sites were inadequate and the property at 50 Boulevard Industriel was not available. It responded to Châteauguay's concerns regarding the health and safety of its residents by adding that its installation would comply with the standards of Health Canada's *Safety Code 6*.

[13] In September 2008, Châteauguay reiterated its disagreement with the installation of an antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. It nonetheless asked Rogers to identify measures that could be taken to mitigate the project's

de l'utilisation des sols (« ARUS ») — en l'espèce Châteauguay — doivent être consultées. Cette consultation vise à identifier les préoccupations relatives à l'aménagement projeté et à assurer que le titulaire de la licence s'entende avec l'ARUS. Au terme du processus de consultation, le ministre décide si le titulaire de la licence a satisfait aux exigences de la *Circulaire*. Le ministre peut également résoudre toute impasse, quelle qu'elle soit, dans les discussions entre les parties concernant la construction du système d'antennes en rendant une décision finale sur la question.

[10] En mars 2008, Rogers informe Châteauguay de son intention d'aménager un système de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis et entreprend le processus de consultation prescrit par la *Circulaire*.

[11] Le 28 avril 2008, Châteauguay s'oppose au projet. Elle fait valoir que ce dernier contreviendrait au règlement de zonage de la municipalité, qu'il aurait un aspect inesthétique, et elle s'inquiète des répercussions négatives potentielles sur la santé et la sécurité de la population vivant dans la zone résidentielle adjacente. Châteauguay propose donc trois solutions de rechange à Rogers : (1) installer une autre antenne sur un site existant; (2) augmenter la puissance du signal sur une antenne existante; ou, en dernier ressort, (3) construire le système d'antennes projeté sur un autre terrain situé au 50, boulevard Industriel (« 50 Industriel »).

[12] Le 28 août 2008, Rogers informe Châteauguay qu'elle a étudié les solutions de rechange proposées, mais que les sites existants sont inadéquats et que le terrain situé au 50 Industriel n'est pas disponible. En ce qui concerne les craintes exprimées par Châteauguay concernant la santé et la sécurité de ses résidents, Rogers ajoute que ses installations respectent les normes prévues au *Code de sécurité 6* édicté par Santé Canada.

[13] En septembre 2008, Châteauguay réitère son désaccord avec l'implantation d'un système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Elle demande néanmoins à Rogers d'identifier des mesures d'atténuation et d'améliorer l'esthétique

effects and improve its visual aspect. In February 2009, Châteauguay issued a building permit to Rogers for the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[14] After it had issued the permit, Châteauguay received a petition signed by more than a hundred residents who opposed the construction of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. They argued that, according to certain studies, such installations are harmful to health and to the environment. On May 19, 2009, Châteauguay's municipal council adopted a resolution that authorized Châteauguay to request that the project at 411 Boulevard Saint-Francis be halted and that the consultation process be resumed.

[15] In the summer of 2009, the Minister of Health advised Châteauguay that *Safety Code 6* provides adequate protection to the public. However, the Minister of Industry noted some flaws in Rogers' initial public consultation process and asked it to resume its negotiations with Châteauguay. Rogers submitted willingly to this request. The building permit issued to Rogers expired on August 18, 2009; at that time, the work had not yet begun.

[16] On September 21, 2009, the Minister determined that the second consultation process had been completed satisfactorily. The parties nevertheless tried to find an alternative site that would have less of an impact on residents. With this in mind, Châteauguay identified two possible lots located at 20 and 50 Boulevard Industriel. The owners of those lots showed little interest in doing business with Rogers, however.

[17] On December 15, 2009, Châteauguay proposed the property at 50 Boulevard Industriel as an alternative site for the new antenna system. It informed Rogers at that time that it intended to acquire that property either by mutual agreement or by way of expropriation. Rogers agreed to consider the property at 50 Boulevard Industriel on condition that the transaction take place no later than February 15, 2010. A few days later, the Minister confirmed that the consultation process conducted

du projet. En février 2009, elle délivre un permis de construction à Rogers pour le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[14] Après la délivrance du permis, Châteauguay reçoit une pétition signée par plus d'une centaine de résidents qui s'opposent à la construction du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Ils font valoir que, selon certaines études, de telles installations sont nocives pour la santé et l'environnement. Le 19 mai 2009, le conseil municipal de Châteauguay adopte une résolution autorisant Châteauguay à demander l'arrêt du projet sur le terrain situé au 411 Saint-Francis de même que la reprise du processus de consultation.

[15] À l'été 2009, le ministre de la Santé informe Châteauguay que le *Code de sécurité 6* protège adéquatement la population. Toutefois, le ministre de l'Industrie constate certaines lacunes dans le processus de consultation publique mené initialement par Rogers et demande à cette dernière de reprendre les négociations avec Châteauguay. Rogers s'y soumet de bonne grâce. Le 18 août 2009, le permis de construction délivré à Rogers expire, alors que les travaux n'avaient toujours pas commencé.

[16] Le 21 septembre 2009, le ministre juge que ce deuxième processus de consultation publique est complété de manière satisfaisante. Les parties tentent malgré tout de trouver un autre site où les impacts seraient moindres pour les résidents. Dans cette optique, Châteauguay identifie deux terrains potentiels situés respectivement au 20 et au 50 Industriel. Les propriétaires de ces terrains se montrent toutefois peu intéressés à transiger avec Rogers.

[17] Le 15 décembre 2009, Châteauguay propose le terrain situé au 50 Industriel comme site alternatif pour l'installation du nouveau système d'antennes. Elle avise alors Rogers de son intention d'acquérir le terrain situé au 50 Industriel de gré à gré ou par expropriation. Rogers accepte de considérer le terrain situé au 50 Industriel à la condition que la transaction ait lieu au plus tard le 15 février 2010. Quelques jours plus tard, le ministre confirme que le processus de consultation mené pour le terrain situé

for 411 Boulevard Saint-Francis also applied to 50 Boulevard Industriel.

[18] On January 18, 2010, Châteauguay's municipal council adopted a resolution authorizing the acquisition of the property at 50 Boulevard Industriel by mutual agreement or by way of expropriation. However, the intervener Christina White had purchased that property three days earlier, on January 15, 2010. The new owner was served with a notice of expropriation on February 16, 2010, and she responded by filing a motion to contest Châteauguay's right to expropriate the property.

[19] Representatives of Rogers, Châteauguay and the Minister met on April 15, 2010. Rogers asked the Minister, in particular, to exercise his powers under the *Circular* and to resolve the impasse, as it could no longer wait to construct its antenna system and was concerned that the expropriation proceeding would drag on.

[20] On July 26, 2010, the Minister confirmed that Rogers had met the consultation requirements, and resolved the impasse between the parties by approving the installation of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. Rogers therefore informed Châteauguay that it did not intend to locate its installation at 50 Boulevard Industriel and that it had decided to go ahead with the construction of the antenna system at 411 Boulevard Saint-Francis.

[21] On October 1, 2010, Châteauguay proposed to Rogers that the work be delayed until a decision was rendered in the expropriation proceeding. In exchange, Châteauguay undertook not to appeal any adverse decision in that proceeding and not to oppose the construction of the antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis if Rogers were unable to install one at 50 Boulevard Industriel by May 15, 2011.

[22] On October 4, 2010, before Rogers had even responded to Châteauguay's proposition, the municipal council adopted resolution No. 2010-904, which authorized steps to establish a reserve for

au 411 Saint-Francis vaut aussi pour le terrain situé au 50 Industriel.

[18] Le 18 janvier 2010, le conseil municipal de Châteauguay adopte une résolution autorisant l'acquisition de gré à gré ou par voie d'expropriation du terrain situé au 50 Industriel. L'intervenante Christina White avait toutefois acquis cet immeuble trois jours auparavant, soit le 15 janvier 2010. Le 16 février suivant, un avis d'expropriation est signifié à la nouvelle propriétaire qui dépose alors une requête en contestation du droit d'expropriation de Châteauguay.

[19] Des représentants de Rogers, de Châteauguay et du ministre se rencontrent le 15 avril 2010. Rogers demande notamment au ministre d'exercer les pouvoirs que lui confère la *Circulaire* et de dénouer l'impasse, puisqu'elle ne peut plus attendre pour construire son système d'antennes et craint que les procédures d'expropriation ne s'éternisent.

[20] Le 26 juillet 2010, le ministre confirme que Rogers a satisfait aux exigences de consultation, et dénoue l'impasse entre les parties en approuvant l'installation du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Rogers informe donc Châteauguay qu'elle n'a pas l'intention de construire ses installations sur le terrain situé au 50 Industriel et qu'elle a décidé d'aller de l'avant avec l'aménagement de son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[21] Le 1er octobre 2010, Châteauguay propose à Rogers de différer le début des travaux jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la procédure d'expropriation. En contrepartie, Châteauguay s'engage à ne pas porter en appel une décision défavorable, le cas échéant, et à ne pas s'opposer à la construction du système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis si, au plus tard le 15 mai 2011, Rogers n'est pas en mesure de l'installer sur le terrain situé au 50 Industriel.

[22] Le 4 octobre 2010, avant même que Rogers ne réponde à la proposition de Châteauguay, le conseil municipal adopte la résolution no 2010-904, qui autorise les démarches en vue d'imposer une

the purposes of a land reserve on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. Châteauguay justified this resolution by referring to concerns related to the interests and well-being of its residents, as well as to the development of its territory.

[23] A few days later, Rogers rejected Châteauguay's offer of October 1, 2010 and confirmed that it intended to begin installing the new antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. On October 12, Châteauguay served the notice of a reserve with respect to that property. Rogers then filed a motion to contest the notice and intervened in the expropriation proceeding between Châteauguay and Ms. White. On October 2, 2012, Châteauguay renewed the reserve for an additional two-year period.

III. Judgments of the Courts Below

A. *Superior Court, 2013 QCCS 3138, 110 L.C.R. 81*

[24] Perrault J. held that Châteauguay had acted to further a valid municipal purpose in expropriating the property at 50 Boulevard Industriel. She noted that it was reasonable and rational, given that the evidence disclosed that the question of radiofrequency energy is controversial, to believe that Châteauguay would ensure that an antenna system would be installed at a safe distance from nearby residences.

[25] Having said this, Perrault J. added that, in this case, the discretion conferred on a municipality to establish a reserve under the *Cities and Towns Act* and the *Expropriation Act* had been exercised in bad faith as regards the property at 411 Boulevard Saint-Francis and that Châteauguay's exercise of that discretion had thus constituted an abuse of power.

[26] Perrault J. was of the opinion that the act of issuing the notice of a reserve had been intended to harm Rogers or, at the very least, that it had been so inconsistent with the legislative context in which it

réserve pour fins de réserve foncière relativement au terrain situé au 411 Saint-Francis. Châteauguay justifie l'adoption de la résolution en question en référant à des préoccupations liées à l'intérêt et au bien-être de ses résidents, de même qu'à l'aménagement de son territoire.

[23] Quelques jours plus tard, Rogers rejette l'offre que lui a soumise Châteauguay le 1er octobre 2010 et lui confirme son intention de débuter les travaux d'installation du nouveau système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Le 12 octobre, Châteauguay signifie l'avis de réserve à l'égard du terrain situé au 411 Saint-Francis. Rogers dépose alors une requête pour contester cet avis et intervient dans l'instance d'expropriation qui oppose Châteauguay et Mme White. Le 2 octobre 2012, Châteauguay renouvelle la réserve pour une période additionnelle de deux ans.

III. Jugements des cours d'instance inférieure

A. *Cour supérieure, 2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177*

[24] La juge Perrault conclut que Châteauguay a agi pour une fin municipale valide en expropriant le terrain situé au 50 Industriel. Elle souligne qu'il est raisonnable et rationnel de croire que, dans un contexte où la preuve révèle l'existence d'une controverse sur la question des radiofréquences, Châteauguay s'assure qu'un système d'antennes soit installé à une distance sécuritaire des résidences avoisinantes.

[25] Cela dit, selon la juge Perrault, le pouvoir discrétionnaire accordé à une municipalité relativement à l'imposition d'une réserve en vertu de la *Loi sur les cités et villes* et de la *Loi sur l'expropriation* a été exercé, dans ce cas-ci, de mauvaise foi sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, et Châteauguay a ainsi commis un abus de pouvoir.

[26] En effet, selon la juge, l'imposition de la réserve est un acte accompli dans l'intention de nuire à Rogers ou, à tout le moins, tellement singulier par rapport au contexte législatif dans lequel il est posé

was carried out that to find that the city had acted in good faith was impossible. She annulled the notice of a reserve and its renewal, as well as the resolutions on which they were based. Because the case had been resolved on the basis of administrative law principles, she found that it was not necessary to consider the constitutional issues.

B. *Court of Appeal, 2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233 (Morissette, Dutil and Léger JJ.A.)*

[27] In the Court of Appeal's opinion, the motion judge had erred in finding that Châteauguay had acted in bad faith in serving the notice of a reserve. The court found that the power of expropriation and the power to serve such a notice could in fact be exercised for reasons related to the health and well-being of the people living in the city. The court was therefore of the view that the motion judge could not, after holding that Châteauguay had acted for municipal purposes and in the interest of its residents in expropriating the property at 50 Boulevard Industriel, conclude that Châteauguay or its agents had acted in bad faith in serving the notice with respect to the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[28] On the constitutional issues, the Court of Appeal agreed with Rogers that the notice of expropriation and the notice of a reserve must be considered as a whole in order to identify their pith and substance. It also referred to the principle stated by this Court that federalism must be applied flexibly by favouring the pith and substance and double aspect doctrines.

[29] After considering the notice of expropriation and the notice of establishment of a land reserve as a whole, the Court of Appeal stated that their purpose was [TRANSLATION] "to respond to concerns of the citizens of Châteauguay concerning possible repercussions of radio waves on their health and to ensure a harmonious development of its territory": para. 78. The court accordingly concluded that the pith and substance of the notice of expropriation and the notice of a reserve was not to encroach upon the federal power over radiocommunication. It also expressed

que l'on ne peut conclure à la bonne foi de la ville. La juge Perrault annule l'avis de réserve et son renouvellement, ainsi que les résolutions à l'appui. Le litige étant résolu en appliquant les principes de droit administratif, la juge estime qu'il n'est pas nécessaire de considérer les questions d'ordre constitutionnel.

B. *Cour d'appel, 2014 QCCA 1121 (les juges Morissette, Dutil et Léger)*

[27] La Cour d'appel est d'avis que la juge de première instance a erré en concluant à la mauvaise foi de Châteauguay lorsqu'elle a signifié l'avis de réserve. Pour la Cour d'appel, le pouvoir d'exproprier et celui de signifier un avis de réserve pouvaient certes être exercés pour des motifs liés à la santé et au bien-être des citoyens de la ville. En conséquence, la Cour d'appel détermine que, après avoir jugé que Châteauguay avait agi pour des fins municipales dans l'intérêt de ses citoyens en expropriant le terrain situé au 50 Industriel, la juge de première instance ne pouvait alors conclure que Châteauguay ou ses agents étaient de mauvaise foi en signifiant l'avis de réserve relativement au terrain situé au 411 Saint-Francis.

[28] Se prononçant sur les questions constitutionnelles, la Cour d'appel convient avec Rogers qu'il faut examiner l'avis d'expropriation et l'avis de réserve dans leur ensemble pour identifier leur caractère véritable. Elle rappelle également les enseignements de notre Cour selon lesquels il faut favoriser une application souple du fédéralisme en privilégiant les doctrines du caractère véritable et du double aspect.

[29] Au terme de l'examen de l'avis d'expropriation et de l'avis de réserve foncière dans leur ensemble, la Cour d'appel affirme qu'ils avaient pour but « de répondre aux inquiétudes des citoyens de Châteauguay concernant les répercussions possibles des ondes radio sur leur santé et [d']assurer un développement harmonieux de son territoire » : par. 78 (CanLII). En conséquence, la Cour d'appel conclut que le caractère véritable de l'avis d'expropriation et de l'avis de réserve n'est pas d'entraver la compétence fédérale en matière de

the opinion that Parliament does not have exclusive jurisdiction over telecommunications: para. 79.

[30] The Court of Appeal added that the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply in this case. It explained that its understanding of *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 77, was that this doctrine applies only where, in specific cases, there are precedents in which its application has been favoured. The court found that Rogers was wrong to invoke *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), and *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141, as they were not precedents in which the doctrine of interjurisdictional immunity had been applied with respect to the siting of radiocommunication antenna systems in search areas. The Court of Appeal noted, on the contrary, that the Privy Council had held in *Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 ("*Bell*"), that cities may intervene as regards the siting of telephone poles on their territories.

[31] Finally, the Court of Appeal held that the doctrine of federal paramountcy cannot apply in the instant case. First of all, there is no operational conflict, since Rogers has been authorized to construct its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis but could also use the property at 50 Boulevard Industriel. It would thus be possible for Rogers to comply with the federal authorization granted by the Minister while at the same time satisfying Châteauguay's requirements with respect to the location of the antenna system within the search area.

[32] The Court of Appeal also found that there is no frustration of the purpose of the federal legislation. It observed, relying on *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, that municipalities may add to regulations made by the federal government where those regulations are permissive

radiocommunication. Par ailleurs, la Cour d'appel est d'avis que le fédéral ne possède pas une compétence exclusive en matière de télécommunications : par. 79.

[30] La Cour d'appel ajoute que la doctrine de l'exclusivité des compétences n'est pas applicable en l'espèce. Selon sa lecture des enseignements de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 77, cette doctrine ne s'applique que lorsqu'un précédent préconise son application dans un cas particulier. Elle estime que Rogers a tort d'invoquer les arrêts *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (C.P.), et *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, puisqu'il ne s'agit pas de précédents qui appliquent la doctrine de l'exclusivité des compétences à la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication à l'intérieur d'aires de recherche. La Cour d'appel souligne qu'au contraire, l'arrêt *Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52 (« *Bell* »), du Conseil privé a reconnu le pouvoir des villes d'intervenir relativement à l'emplacement de poteaux téléphoniques sur leurs territoires.

[31] Finalement, la Cour d'appel conclut que la doctrine de la prépondérance fédérale ne peut s'appliquer en l'espèce. En premier lieu, il n'y a pas de conflit d'application puisque Rogers est autorisée à construire son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis, mais peut également utiliser le terrain situé au 50 Industriel. Rogers pourrait donc à la fois se conformer à l'autorisation fédérale transmise par le ministre et respecter les exigences de Châteauguay relativement à l'emplacement du système d'antennes à l'intérieur de l'aire de recherche.

[32] La Cour d'appel ajoute de plus qu'il n'y a pas d'entrave à la réalisation de l'objectif de la loi fédérale. S'appuyant sur l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, elle souligne que les municipalités peuvent ajouter aux règlements mis en place par le gouvernement fédéral

in nature. In the case at bar, the purpose of the federal regulation was to [TRANSLATION] "allow for the deployment of telecommunication networks while respecting local populations": C.A., at para. 91. Thus, in the court's view, the purposes of the notice of a reserve were to ensure the well-being of residents and the harmonious development of the municipality's territory. It accordingly allowed the appeal on the basis that these purposes could be achieved "without encroaching on the fulfilment of the federal [rule]": para. 92.

IV. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

(1) Is the notice of a reserve *ultra vires* Châteauguay on the basis that it relates in pith and substance to an exclusive federal power?

(2) Is the notice of a reserve inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity?

(3) Is the notice of a reserve inoperative by reason of the doctrine of federal paramountcy?

(4) Is the notice of a reserve ultra vires Châteauguay in light of the principles of municipal law?

V. Analysis

A. *Application of the Constitutional Doctrines*

[34] The first step in a division of powers analysis is to determine whether the level of government or the entity exercising delegated powers possesses the authority under the Constitution to enact the impugned statute or adopt the impugned measure: *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250, at para. 30; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53 ("*Marine Services*"), at paras. 47-48; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536

lorsque ces derniers sont de nature permissive. Or, en l'espèce, la réglementation fédérale a pour objet de « permettre le déploiement des réseaux de radiocommunication, tout en respectant les populations locales » : C.A., par. 91. Ainsi, selon la Cour d'appel, l'avis de réserve a pour objectifs d'assurer le bien-être des résidents et le développement harmonieux du territoire. Elle accueille donc l'appel puisque ces objectifs peuvent être atteints « sans qu'il y ait entrave à la réalisation de la norme fédérale » : par. 92.

IV. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

(1) L'avis de réserve est-il *ultra vires* de la compétence de Châteauguay parce que son caractère véritable relève d'une compétence fédérale exclusive?

(2) La doctrine de l'exclusivité des compétences rend-elle l'avis de réserve inapplicable?

(3) La doctrine de la prépondérance fédérale rend-elle l'avis de réserve inopérant?

(4) L'avis de réserve est-il *ultra vires* de la compétence de Châteauguay au regard des principes de droit municipal?

V. Analyse

A. *L'application des doctrines constitutionnelles*

[34] Dans le cadre d'une analyse du partage des compétences, il faut d'abord déterminer si le palier législatif ou l'entité exerçant les pouvoirs délégués est autorisé, en vertu de la Constitution, à adopter la loi ou la mesure contestée : *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250, par. 30; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53 (« *Marine Services* »), par. 47-48; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536

("*COPA*"), at para. 22; *Canadian Western Bank*, at para. 25; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 52. This is achieved by characterizing the "pith and substance" of the statute or measure: *Marine Services*, at para. 48.

[35] A court must conduct the pith and substance analysis before inquiring into the application of the doctrines of interjurisdictional immunity and federal paramountcy, both of which are predicated on the constitutional validity of the impugned statute or measure. If the doctrine of interjurisdictional immunity applies, the impugned measure remains valid but has no application with regard to the core of the power of the other level of government that it impairs: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 58. Similarly, where the doctrine of federal paramountcy applies, the impugned provincial measure is rendered inoperative to the extent of its incompatibility with the federal legislation: *Canadian Western Bank*, at para. 69; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113, at para. 74.

(1) Pith and Substance Doctrine

[36] In analyzing the pith and substance of the notice of a reserve, the Court must consider both its purpose and its effects: *Goodwin*, at para. 21; *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 14, [2015] 1 S.C.R. 693, at para. 29; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at paras. 20-22. The purpose of a municipal measure, like that of a law, is determined by examining both intrinsic evidence, such as the preamble or the general purposes stated in the resolution authorizing the measure, and extrinsic evidence, such as that of the circumstances in which the measure was adopted: *Lacombe*, at paras. 20-22; *COPA*, at para. 18; *Canadian Western Bank*, at para. 27. As for the effects of a municipal measure, they are determined by considering both the legal ramifications of the words used and the practical

(« *COPA* »), par. 22; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 25; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 52. Ceci s'accomplit en qualifiant le « caractère véritable » de la loi ou de la mesure contestée : *Marine Services*, par. 48.

[35] L'analyse du caractère véritable précède l'examen de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et celle de la prépondérance fédérale, lesquelles présupposent la validité constitutionnelle de la loi ou de la mesure contestée. En effet, si la théorie de l'exclusivité des compétences s'applique, la mesure contestée demeure valide, mais ne s'applique pas au cœur de la compétence de l'autre palier législatif sur lequel elle empiète : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 58. Par ailleurs, lorsque la théorie de la prépondérance fédérale s'applique, la mesure provinciale contestée est inopérante dans la mesure du conflit avec la loi fédérale : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113, par. 74.

(1) La doctrine du caractère véritable

[36] L'analyse du caractère véritable de l'avis de réserve requiert l'examen tant de son objet que de ses effets : *Goodwin*, par. 21; *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 29; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20-22. Comme pour celui d'une loi, l'objet d'une mesure municipale s'apprécie par l'examen des éléments de preuve intrinsèque, tels que le préambule ou les objectifs généraux énoncés dans la résolution qui autorise la mesure, de même que par des éléments de preuve extrinsèques, tels que les circonstances dans lesquelles la mesure a été adoptée : *Lacombe*, par. 20-22; *COPA*, par. 18; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 27. Pour leur part, les effets de la mesure municipale sont déterminés par l'examen des répercussions juridiques de

consequences of the application of the measure: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83.

[37] When conducting a pith and substance analysis, a court must avoid adopting the watertight compartments approach, which this Court has in fact rejected. The fact that a measure has what are merely incidental effects on an exclusive head of power of the other level of government does not suffice to justify declaring that measure to be *ultra vires*: *COPA*, at para. 18.

[38] Our colleague correctly points out, at para. 85 of his reasons, that when the courts apply the various constitutional doctrines, they must take into account the principle of co-operative federalism, which favours, where possible, the concurrent operation of statutes enacted by governments at both levels: *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 22, quoting *Lacombe*, at para. 118, per Deschamps J. (dissenting); *Marine Services*, at para. 50, citing *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank*, at para. 37.

[39] However, although co-operative federalism has become a principle that the courts have invoked to provide flexibility for the interpretation and application of the constitutional doctrines relating to the division of powers, such as federal paramountcy and interjurisdictional immunity, it can neither override nor modify the division of powers itself. It cannot be seen as imposing limits on the valid exercise of legislative authority: *Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, at paras. 17-19. Nor can it support a finding that an otherwise unconstitutional law is valid. This Court commented as follows in *Reference re Securities Act*, at para. 62:

> In summary, notwithstanding the Court's promotion of cooperative and flexible federalism, the constitutional boundaries that underlie the division of powers must be respected. The "dominant tide" of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state.

son libellé et par les conséquences pratiques découlant de son application : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483.

[37] Lorsqu'ils procèdent à l'examen du caractère véritable, les tribunaux doivent éviter d'adopter l'approche des compartiments étanches, approche d'ailleurs, rejetée par la Cour. Le fait qu'une mesure ait de simples effets accessoires sur un champ de compétence exclusive de l'autre palier législatif ne suffit pas pour qu'elle soit déclarée *ultra vires* : *COPA*, par. 18.

[38] Au paragraphe 85 de ses motifs, notre collègue souligne à juste titre qu'en appliquant les différentes doctrines constitutionnelles, les tribunaux ne peuvent ignorer le principe du fédéralisme coopératif, lequel favorise, dans la mesure du possible, l'application concurrente des lois adoptées par deux ordres de gouvernement : *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419, par. 22, citant *Lacombe*, par. 118, la juge Deschamps (dissidente); *Marine Services*, par. 50, citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37.

[39] Toutefois, bien que la notion du fédéralisme coopératif soit devenue un principe invoqué par les tribunaux afin d'assouplir l'interprétation et l'application des doctrines constitutionnelles touchant le partage des compétences, telles la prépondérance fédérale et l'exclusivité des compétences, il ne peut ni l'emporter sur le partage lui-même ni le modifier. Il ne peut être considéré comme imposant des limites à l'exercice valide d'une compétence législative : *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, par. 17-19. Il ne peut pas non plus être utilisé pour valider des lois inconstitutionnelles. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, notre Cour rappelle au par. 62 :

> En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien.

[40] In the instant case, Rogers argues that the sole purpose and effect of the notice of a reserve was to prevent it from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis and that the notice therefore relates in pith and substance to the siting of radiocommunication infrastructure, a matter that falls within exclusive federal jurisdiction.

[41] The respondents counter that to ascertain the pith and substance of the notice of a reserve, it is necessary to distinguish the purpose being pursued from the means employed to achieve it. In the respondents' view, Châteauguay's ultimate purpose in establishing the reserve was to protect the health and well-being of its residents living close to the property at 411 Boulevard Saint-Francis and to ensure the development of its territory. There is no question that these are matters that fall within the provincial powers in relation to "Property and Civil Rights in the Province" and "Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province" (s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*), and that the notice of a reserve is therefore *intra vires* the province.

[42] To begin, we should point out that Parliament has exclusive jurisdiction over radiocommunication and that this jurisdiction includes the power to choose the location of radiocommunication infrastructure: *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*; *Capital Cities Communications*, at pp. 160-61. Moreover, under ss. 91(29) and 92(10)(*a*) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament clearly has a broader jurisdiction over telecommunications undertakings where such undertakings operate outside the limits of a province: *Bell*; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. v. Quebec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 S.C.R. 878.

[43] In the case at bar, a detailed and rigorous review of the evidence in the record reveals the following:

[40] En l'espèce, Rogers prétend que l'avis de réserve avait comme seul objet et pour seul effet d'empêcher la construction de son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis et que son caractère véritable est ainsi lié à la détermination de l'emplacement des infrastructures de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive.

[41] Pour leur part, les intimées prétendent que, dans le cadre de la détermination du caractère véritable de l'avis de réserve, il faut distinguer l'objectif visé des moyens entrepris pour l'atteindre. En effet, selon les intimées, en imposant la réserve, Châteauguay visait ultimement à protéger la santé et le bien-être de ses résidents vivant à proximité du terrain situé au 411 Saint-Francis et à aménager son territoire. Or, ces sujets relèvent incontestablement des compétences provinciales en matière de « propriété et [de] droits civils dans la province » et de « [g]énéralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » (par. 92(13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), et l'avis de réserve est ainsi *intra vires* des pouvoirs de la province.

[42] D'entrée de jeu, rappelons que le Parlement a une compétence exclusive en matière de radiocommunication, ce qui inclut le pouvoir de choisir l'emplacement de l'infrastructure de radiocommunication : *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*; *Capital Cities Communications*, p. 160-161. De plus, la compétence plus générale du Parlement sur les entreprises de télécommunication ne fait aucun doute lorsque ces dernières exercent leurs activités au-delà des limites d'une province, en application du par. 91(29) et de l'al. 92(10)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1867* : *Bell*; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878.

[43] En l'espèce, une analyse détaillée et rigoureuse de la preuve au dossier démontre que :

(i) Châteauguay did not serve the notice of a reserve until October 12, 2010, after the Minister had approved the installation of Rogers' antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis;

(ii) the notice of a reserve was served immediately after Rogers refused Châteauguay's proposal to delay installing the system until a decision was rendered in the expropriation proceeding in respect of the property at 50 Boulevard Industriel; and

(iii) the notice of a reserve was served immediately after Rogers announced its intention to begin installing the system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis.

[44] Even a flexible and generous interpretation of this evidence leads to but one conclusion: the purpose of the notice of a reserve was to prevent Rogers from installing its radiocommunication antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis by limiting the possible choices for the system's location. This conclusion is inescapable, and it echoes that of the Superior Court. Contrary to our colleague's assertion at para. 89 of his reasons, Perrault J. did not rule on the constitutionality of the notice of a reserve. Rather, she found that [TRANSLATION] "[c]learly, by establishing the notice of reserve on the [property at] 411 Saint-Francis, the primary purpose of the City was to block the Rogers project, i.e. installation of an antenn[a] system on this land" (para. 163). This finding of fact is relevant to the pith and substance analysis regardless of where it appears in the motion judge's reasons.

[45] The same conclusion applies with regard to the legal and practical effects of the notice of a reserve. From a legal standpoint, it prohibited all construction on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for an initial period of two years. From a practical standpoint, it prevented Rogers from constructing its antenna system on the property of its choice.

[46] Thus, the pith and substance of the notice of a reserve is not the protection of the health

(i) l'avis de réserve n'a été signifié que le 12 octobre 2010 par Châteauguay, soit après que le ministre eût approuvé l'installation du système d'antennes de Rogers sur le terrain situé au 411 Saint-Francis;

(ii) la signification de l'avis de réserve a immédiatement suivi le refus de Rogers d'accepter la proposition de Châteauguay de différer le début des travaux d'installation jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la procédure d'expropriation entreprise sur le terrain situé au 50 Industriel;

(iii) la signification de l'avis de réserve a immédiatement suivi l'annonce par Rogers de son intention de débuter les travaux d'installation sur le terrain situé au 411 Saint-Francis.

[44] L'analyse de cette preuve, même si elle est interprétée avec souplesse et générosité, n'autorise qu'une conclusion : l'objet de l'avis de réserve est d'empêcher Rogers d'installer son système d'antennes de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint Francis en circonscrivant le choix de l'emplacement de ce système. Cette conclusion est inévitable et fait écho à celle énoncée par la Cour supérieure. En effet, contrairement à l'affirmation de notre collègue au par. 89 de ses motifs, la juge Perrault ne s'est pas prononcée sur la constitutionnalité de l'avis de réserve. Elle a plutôt conclu que « [m]anifestement, en imposant l'avis de réserve sur le 411, Saint-Francis, le but premier de la Ville est de faire obstacle au projet de Rogers, soit l'installation d'un système d'antennes sur ce terrain » (par. 163). Cette conclusion de fait est pertinente pour les fins de l'analyse du caractère véritable, indépendamment de l'endroit où elle est située dans le jugement de première instance.

[45] La même conclusion s'impose au regard des effets juridiques et pratiques de l'avis de réserve. Sur le plan juridique, il interdisait toute construction sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pendant une période initiale de deux ans. Sur le plan pratique, il empêchait Rogers de construire son système d'antennes sur le terrain de son choix.

[46] Ainsi, le caractère véritable de l'avis de réserve n'est pas lié à la protection de la santé et du

and well-being of residents or the development of the territory but, rather, the choice of the location of radiocommunication infrastructure. Even if the adoption of a measure such as this addressed health concerns raised by certain residents, it would clearly constitute a usurpation of the federal power over radiocommunication.

[47] We agree completely with the flexible and generous approach our colleague advocates at para. 94 of his reasons. However, flexibility has its limits, and this approach cannot be used to distort a measure's pith and substance at the risk of restricting significantly an exclusive power granted to Parliament. A finding that a measure such as the one adopted in this case relates in pith and substance to a provincial head of power could encourage municipalities to systematically exercise the federal power to choose where to locate radiocommunication infrastructure while alleging local interests in support of their doing so.

[48] The situation in this appeal is distinguishable from the situation in *COPA*, in which the impugned provincial statute was, by its very nature, legislation related to land use planning and agriculture: *COPA*, at para. 21. The *Act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, R.S.Q., c. P-41.1, is a law of general application that has numerous legal and practical effects, one of which was found to be a prohibition against building aerodromes in designated areas. The legislation at issue in *COPA* affected the federal aeronautics power only incidentally. It was thus different from the notice of a reserve at issue in the instant case, whose purpose, as well as its legal effect and its practical effect, was to choose the location of Rogers' antenna system.

[49] The situation in the case at bar more closely resembles the circumstances of *Lacombe*. In that case, a municipal zoning by-law that prohibited water aerodromes and aerodromes had been adopted to protect the use of Gobeil Lake by vacationers. As in the instant case, even though the stated objective of the by-law fell under provincial jurisdiction, its

bien-être des résidents, ou à l'aménagement du territoire, mais bien plutôt au choix de l'emplacement des infrastructures de radiocommunication. En effet, même si une telle mesure répondait à des préoccupations de santé soulevées par certains citoyens, elle usurperait sans aucun doute l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication.

[47] Nous souscrivons entièrement à l'approche souple et généreuse préconisée par notre collègue au par. 94 de ses motifs. Cependant, la souplesse a ses limites et on ne peut, sous le couvert de cette approche, dénaturer le caractère véritable d'une mesure, au risque de restreindre sévèrement une compétence exclusive accordée au Parlement. En effet, conclure que le caractère véritable d'une mesure telle que celle adoptée en l'espèce est lié à un champ de compétence provincial risquerait d'inciter les municipalités, en alléguant des intérêts locaux, à exercer de manière systématique la compétence fédérale de choisir l'emplacement des infrastructures de radiocommunication.

[48] Le présent pourvoi se distingue de la situation évoquée dans l'arrêt *COPA*, où la loi provinciale contestée constituait, en raison de son caractère même, une mesure législative relative à l'aménagement du territoire et à l'agriculture : *COPA*, par. 21. En effet, la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, L.R.Q., c. P-41.1, est un texte législatif d'application générale ayant une multitude d'effets juridiques et pratiques, parmi lesquels on relevait l'interdiction de construire des aérodromes sur les espaces visés. La loi en cause dans l'arrêt *COPA* ne touchait qu'accessoirement à la compétence fédérale en matière d'aéronautique. En cela, elle était différente de l'avis de réserve en l'espèce, lequel a comme objet et effets de choisir l'emplacement du système d'antennes de Rogers.

[49] La situation dont nous sommes saisis s'apparente davantage aux circonstances de l'arrêt *Lacombe*. Dans cette affaire, un règlement de zonage municipal interdisant les hydro-aérodromes et les aérodromes avait été adopté afin de préserver l'atmosphère de villégiature du lac Gobeil. Tout comme en l'espèce, même si l'objectif annoncé

real purpose and effect was to prohibit water aerodromes and aerodromes in designated areas in the municipality, which essentially constituted an exercise of the federal aeronautics power. This Court therefore declared the by-law to be *ultra vires* under the Constitution.

[50] Moreover, we cannot accept the AGQ's argument that the notice of a reserve has a double aspect. The double aspect doctrine has traditionally been applied by courts to justify measures dealing with subjects that could fall equally under two distinct heads of power, one federal and the other provincial. As the Privy Council explained in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, at p. 130, "subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91". This "double aspect" doctrine allows governments at two levels to enact similar statutes or regulations "when the contrast between the relative importance of the two features is not so sharp": *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 182, citing W. R. Lederman, "Classification of Laws and the British North America Act", in *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, at p. 193, reprinted in Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 229, at p. 244; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59, at pp. 64-65; see also *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, per LeBel and Deschamps JJ., at para. 185; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 22; *Mangat*, at paras. 49-50.

[51] As we explained above, in the case at bar, the pith and substance of the notice of a reserve is the choice of the location of radiocommunication infrastructure. We cannot see in this an equivalence between the federal aspect, that is, the power over radiocommunication, and the provincial aspects, namely the protection of the health and well-being

du règlement se rattachait à un champ de compétence provincial, son objet et son effet étaient véritablement de prohiber les hydro-aérodromes et les aérodromes à l'intérieur d'espaces désignés de la municipalité. Cela constituait essentiellement l'exercice de la compétence fédérale en matière d'aéronautique. Notre Cour a ainsi déclaré le règlement constitutionnellement *ultra vires*.

[50] Nous ne pouvons souscrire à l'argument de la PGQ selon lequel l'avis de réserve jouit d'un double aspect. Cette théorie a traditionnellement été appliquée par les tribunaux afin de justifier des mesures portant sur des sujets qui peuvent être rattachés de manière équivalente à deux champs de compétence distincts, l'un fédéral et l'autre provincial. Comme l'a expliqué le Conseil privé dans l'arrêt *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, p. 130, [TRADUCTION] « des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l'art. 91 ». Cette théorie du « double aspect » permet aux deux paliers de gouvernement d'adopter des lois ou règlements semblables « lorsque le contraste entre l'importance relative des deux aspects n'est pas très net » : *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 182, citant W. R. Lederman, « Classification of Laws and the British North America Act », dans *The Courts and the Canadian Constitution* (1964), 177, p. 193, réédité dans Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 229, p. 244; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, p. 64-65; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, les juges LeBel et Deschamps, par. 185; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 22; *Mangat*, par. 49-50.

[51] Or, tel qu'il est expliqué plus haut, le caractère véritable de l'avis de réserve en l'espèce est de choisir l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication. Nous ne pouvons y voir là une équivalence entre l'aspect fédéral, soit sa compétence en matière de radiocommunication, et les aspects provinciaux, soit la protection de la

of residents living nearby and the harmonious development of the municipality's territory.

[52] Furthermore, a finding that the siting of radiocommunication infrastructure has a double aspect would imply that both the federal and provincial governments can legislate in this regard, which would contradict the precedent established by the Privy Council in *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada* to the effect that the federal jurisdiction over the siting of such infrastructure is exclusive.

[53] For these reasons, we are of the opinion that the notice of a reserve is *ultra vires*, because it constitutes an exercise of the power over radiocommunication, which is an exclusive federal power.

[54] It is true that a spectrum licence holder has no powers of expropriation. When it cannot find an owner interested in leasing or selling property to it, it must, in principle, either rely on the municipality's co-operation to expropriate the land it seeks to use or have recourse to the Minister's power of expropriation. Our conclusion that the notice of a reserve is *ultra vires* does not mean that when a municipality supports a spectrum licence holder in the process for the installation of an antenna system, it is exercising a federal power. When a municipality supports a spectrum licence holder by expropriating property, the pith and substance of the measures it takes is not the choice of the location of an antenna system, as that location has already been approved by the Minister pursuant to his or her power under s. 5(1)(f) of the *Radiocommunication Act*. In such a case, the municipality's actions relate to the development of its territory, and there is no question from the perspective of the division of powers that it is entitled to do so.

[55] This being said, a municipal measure is not *intra vires* simply because it has a positive effect on the exercise of the federal power over

santé et du bien-être des résidents à proximité et le développement harmonieux du territoire.

[52] Par ailleurs, reconnaître un double aspect à l'emplacement des infrastructures en matière de radiocommunication impliquerait que le fédéral et les provinces peuvent légiférer à cet égard, ce qui serait contraire au précédent établi par le Conseil privé dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, selon lequel la compétence fédérale à l'égard de l'emplacement de telles infrastructures est exclusive.

[53] Pour ces motifs, nous sommes d'opinion que l'avis de réserve est *ultra vires*, puisqu'il constitue l'exercice de la compétence en matière de radiocommunication, une compétence fédérale exclusive.

[54] Nous reconnaissons qu'un détenteur de licence de spectre ne possède aucun pouvoir d'expropriation. Lorsqu'il ne peut trouver un propriétaire intéressé à lui louer ou à lui vendre un terrain, il doit, en principe, soit compter sur la collaboration de la municipalité pour exproprier le terrain qu'il convoite, soit recourir au pouvoir d'expropriation du ministre. Notre conclusion sur le caractère *ultra vires* de l'avis de réserve ne signifie pas que lorsqu'une municipalité accorde un soutien à un détenteur de licence de spectre dans le processus d'installation d'un système d'antennes, elle exerce une compétence fédérale. En effet, lorsqu'une municipalité appuie un détenteur de licence de spectre en expropriant un terrain, le caractère véritable des mesures qu'elle entreprend n'est pas de choisir l'emplacement d'un système d'antennes, puisque cet emplacement a déjà été approuvé par le ministre conformément au pouvoir que lui confère l'al. 5(1)f) de la *Loi sur la radiocommunication*. Dans un tel contexte, la municipalité agit dans une perspective d'aménagement de son territoire, ce qu'elle a sans aucun doute le droit de faire d'un point de vue du partage des compétences.

[55] Cela dit, ce n'est pas parce qu'une mesure municipale est utile à l'exercice de la compétence fédérale en matière de radiocommunication qu'elle

radiocommunication, just as it is not necessarily *ultra vires* because it has a negative effect on the exercise of that power. The distinction we are making is instead based on the premise that when a municipality aids a spectrum licence holder by expropriating property for the licence holder's benefit, its purpose in doing so is not to choose the location of the antenna system. On the other hand, when the purpose of a municipal measure is to prevent or block the spectrum licence holder from, or to delay it in, constructing its antenna system at the location approved by the Minister pursuant to federal legislation, the municipality is, for the purposes of the pith and substance analysis, exercising the federal power to choose the location of the antenna system.

[56] Thus, although the application of the pith and substance doctrine suffices to dispose of the appeal, we are nonetheless of the opinion that it would be helpful, in order to clarify the law, to consider the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in this case.

(2) Doctrine of Interjurisdictional Immunity

[57] The doctrine of interjurisdictional immunity requires that it be determined whether the notice of a reserve *applies* in a situation in which it has an impact on the federal power over the siting of radiocommunication antenna systems.

[58] Rogers and the Attorney General of Canada ("AGC") submit that the notice is inapplicable. They rely on interjurisdictional immunity and state that this doctrine protects activities falling within the core of a federal power against impairment by provincial legislation or by measures adopted by entities to which the provinces have delegated their powers. The respondents argue that the doctrine of interjurisdictional immunity protects only the core of the federal power, which does not extend to the choice of a particular site within a search area defined by Rogers. In the alternative, they submit that the notice of a reserve does not constitute a sufficiently serious

est pour autant *intra vires*, au même titre qu'elle n'est pas nécessairement *ultra vires* parce qu'elle est nuisible à l'exercice de ladite compétence. La distinction que nous traçons repose plutôt sur le postulat selon lequel lorsqu'une municipalité apporte un soutien à un détenteur de licence de spectre en expropriant un terrain à son bénéfice, l'objet de ce soutien n'est pas de choisir l'emplacement du système d'antennes. Par contre, lorsque l'objet d'une mesure municipale est d'empêcher, de faire obstacle à, ou de retarder la construction du système d'antennes par le détenteur de licence de spectre sur l'emplacement approuvé par le ministre en vertu de la législation fédérale, la municipalité exerce, pour les fins de l'analyse du caractère véritable, la compétence fédérale de choisir l'emplacement du système d'antennes.

[56] Ainsi, bien que l'application de la doctrine du caractère véritable suffise pour disposer du pourvoi, nous sommes néanmoins d'avis qu'il est pertinent, afin de clarifier le droit, de nous prononcer sur l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

(2) La doctrine de l'exclusivité des compétences

[57] Pour procéder à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences, il faut déterminer si l'avis de réserve *s'applique* dans une situation où il a une incidence sur la compétence fédérale en matière d'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication.

[58] Rogers et le procureur général du Canada (« PGC ») soutiennent que l'avis de réserve est inapplicable. Ils invoquent la doctrine de l'exclusivité des compétences et affirment que cette doctrine protège l'exercice d'activités relevant du cœur d'une compétence fédérale contre l'entrave par des lois provinciales ou par des mesures adoptées par des entités dont les pouvoirs leur ont été délégués par les provinces. Pour leur part, les intimées soutiennent que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne protège que le cœur de la compétence fédérale, ce qui ne s'étend pas au choix d'un site particulier à l'intérieur d'une aire de recherche

intrusion on the exercise of the federal power, as its effect is only to delay the project.

définie par Rogers. Subsidiairement, les intimées font valoir que l'avis de réserve ne constitue pas un empiétement suffisamment grave sur l'exercice de la compétence fédérale, car il ne fait que retarder la réalisation du projet.

[59] The doctrine of interjurisdictional immunity protects the "core" of a legislative head of power from being impaired by a government at the other level: *COPA*, at para. 26. Its application involves two steps. The first is to determine whether a statute enacted or measure adopted by a government at one level trenches on the "core" of a power of the other level of government. If it does, the second step is to determine whether the effect of the statute or measure on the protected power is sufficiently serious to trigger the application of the doctrine: *COPA*, at para. 27.

[59] La doctrine de l'exclusivité des compétences met le « contenu essentiel » ou le « cœur » d'une compétence d'un pouvoir législatif à l'abri d'une entrave de la part de l'autre ordre législatif : *COPA*, par. 26. L'analyse de l'application de la doctrine comprend deux étapes. La première consiste à déterminer si une loi ou une mesure adoptée par un ordre de gouvernement empiète sur le « cœur » d'une compétence de l'autre ordre de gouvernement. Le cas échéant, la deuxième étape consiste à déterminer si cette loi ou mesure a un effet suffisamment grave sur l'exercice de la compétence protégée pour déclencher l'application de cette doctrine : *COPA*, par. 27.

[60] In *Canadian Western Bank*, the Court explained that the doctrine of interjurisdictional immunity must be applied with restraint, since a broad application of interjurisdictional immunity appears to be "inconsistent . . . with the flexible federalism that the constitutional doctrines of pith and substance, double aspect and federal paramountcy are designed to promote": para. 42; see also para. 67.

[60] Dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour a précisé que la doctrine de l'exclusivité des compétences devait être appliquée avec retenue, puisqu'une application généreuse de cette doctrine paraît « contraire au fédéralisme souple que visent à promouvoir les doctrines constitutionnelles du caractère véritable, du double aspect et de la prépondérance fédérale » : par. 42; voir aussi par. 67.

[61] This is why the application of the doctrine of interjurisdictional immunity is generally reserved for situations that are already covered by precedent. The Court explained this as follows in *Canadian Western Bank*, at paras. 77-78:

[61] C'est pourquoi l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences est généralement limitée à des situations déjà traitées par les tribunaux dans le passé. En effet, selon les enseignements de la Cour dans *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 77-78 :

As we have already noted, interjurisdictional immunity is of limited application and should in general be reserved for situations already covered by precedent. This means, in practice, that it will be largely reserved for those heads of power that deal with federal things, persons or undertakings, or where in the past its application has been considered absolutely indispensable or necessary to enable Parliament or a provincial legislature to achieve the purpose for which exclusive legislative jurisdiction was conferred, as discerned from the constitutional division of powers as a whole, or what is absolutely indispensable or necessary to enable an undertaking to carry out

Nous tenons à rappeler que la doctrine de l'exclusivité des compétences reste d'une application restreinte, et qu'elle devrait, en général, être limitée aux situations déjà traitées dans la jurisprudence. Concrètement, cela signifie qu'elle ne sera principalement destinée qu'aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales, ou encore qu'aux cas où son application a déjà été jugée absolument nécessaire pour permettre au Parlement ou à une législature provinciale de réaliser l'objectif pour lequel la compétence législative exclusive a été attribuée, selon ce qui ressort du partage constitutionnel des compétences dans son ensemble, ou

its mandate in what makes it specifically of federal (or provincial) jurisdiction. . . .

In the result, while in theory a consideration of interjurisdictional immunity is apt for consideration after the pith and substance analysis, in practice the absence of prior case law favouring its application to the subject matter at hand will generally justify a court proceeding directly to the consideration of federal paramountcy. [Emphasis added.]

[62] The Court of Appeal held that the doctrine of interjurisdictional immunity could not apply in the instant case. It concluded, at para. 82, that the doctrine did not apply on the basis that what is at issue in this case is the siting of radiocommunication antenna systems within a search area established in advance by the federal undertaking and that there is no precedent in which the doctrine has been applied in such a case.

[63] With respect, we are of the opinion that there is in fact a precedent with respect to the issue in the case at bar, namely the Privy Council's decision in *Bell*, which suggests that the siting of telecommunications infrastructure is at the core of the federal power. That case dealt with the power of Bell, a company that had been incorporated under a special Act of Parliament, to lay cables under and erect poles along the streets and highways of the city of Toronto for the purpose of carrying on its business. At issue was the constitutionality of an Ontario law that required Bell to obtain the City of Toronto's consent before exercising that power. The Privy Council held that the provincial law was unconstitutional, stating that "no provincial legislature was or is competent to interfere with [Bell's] operations, as authorized by the Parliament of Canada" (p. 57).

[64] In *Canadian Western Bank*, Binnie and LeBel JJ. stated, at para. 40, citing cases that included *Bell*, that "[t]he doctrine of interjurisdictional immunity was . . . applied to protect 'essential'

qu'à ce qui est absolument nécessaire pour permettre à une entreprise d'accomplir son mandat dans ce qui constitue justement sa spécificité fédérale (ou provinciale). . .

En définitive, si en théorie l'examen de l'exclusivité des compétences peut être entrepris une fois achevée l'analyse du caractère véritable, en pratique, l'absence de décisions antérieures préconisant son application à l'objet du litige justifiera en général le tribunal de passer directement à l'examen de la prépondérance fédérale. [Nous soulignons.]

[62] La Cour d'appel a décidé que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne pouvait s'appliquer en l'espèce. En effet, au par. 82 de son arrêt, elle a conclu que puisque l'objet du litige est la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication à l'intérieur d'une aire de recherche préétablie par l'entreprise fédérale et qu'aucun précédent ne préconise l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce cas, cette dernière ne s'applique pas.

[63] Avec égards, nous sommes d'avis que, en ce qui concerne l'enjeu dont nous sommes saisis en l'espèce, il existe un précédent : l'arrêt *Bell* du Conseil privé, qui suggère que l'emplacement des infrastructures dans le domaine des télécommunications relève du cœur de la compétence fédérale. Cet arrêt traitait du pouvoir de la société Bell, incorporée par une loi fédérale spécifique, d'utiliser les rues et les autoroutes de la ville de Toronto, afin d'y poser des câbles et d'y installer des poteaux pour l'exploitation de son entreprise. Il s'agissait alors de juger de la constitutionnalité d'une loi ontarienne obligeant Bell à obtenir le consentement de la Ville de Toronto avant qu'elle ne puisse exercer le pouvoir susmentionné. Le Conseil privé a conclu que la loi provinciale était inconstitutionnelle et a affirmé [TRADUCTION] qu'« aucune législature provinciale n'avait ou n'a compétence pour intervenir dans les activités [de Bell] autorisées par le Parlement du Canada » (p. 57).

[64] Au paragraphe 40 de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, en citant notamment l'arrêt *Bell*, les juges Binnie et LeBel affirment que « [l]a doctrine de l'exclusivité des compétences a

parts of federal 'undertakings'". They later added that "[o]ne of the first cases to find a valid provincial law inapplicable to a federal undertaking was [*Bell*]": para. 57. In writing this, they appear to have acknowledged that *Bell* is a precedent that allows for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity to a situation such as the one in the instant case. For the purposes of this analysis, the siting of a radiocommunication antenna system is comparable to the siting of telecommunications poles and cables. A radiocommunication antenna system, like telecommunications poles and cables, is essential to a communication network, and maintaining the network requires that the antennas be installed in appropriate locations.

[65] In our respectful opinion, the Court of Appeal erred, at para. 81 of its reasons, in interpreting *Bell* as meaning that municipalities have a certain degree of power over the determination of the exact locations of telecommunications poles. On this point, it quoted the following passage: "Their Lordships, however, do not think the words introduced by the amendment can have the effect of enabling the [municipal] council to refuse the company access to streets through which it may propose to carry its line or lines. They may give the council a voice in determining the position of the poles in streets selected by the company, and possibly in determining whether the line in any particular street is to be carried overhead or underground" (C.A., at para. 81, quoting *Bell*, at pp. 60-61). But this passage from *Bell* cannot be quoted out of context. It is true that the Privy Council had concluded that a municipality could have a say in the location of the poles. However, the municipality's prerogative in that regard was not grounded in powers conferred on the provinces by the Constitution, but in an amendment made by the Parliament of Canada to Bell's incorporating statute. This passage in no way suggests that the siting of a telecommunications pole or radiocommunication antenna system is not part of the core of the federal power.

[. . .] été appliquée afin de protéger les éléments "vitaux" des "entreprises" fédérales ». Plus loin, ils écrivent : « L'arrêt [*Bell*] est l'un des premiers arrêts dans lesquels on a conclu qu'une loi provinciale valide ne s'appliquait pas à une entreprise fédérale » (par. 57). Ce faisant, ils semblent reconnaître que le jugement *Bell* constitue un précédent donnant ouverture à l'application de la doctrine de l'exclusivité dans une situation comme celle qui prévaut en l'espèce. En effet, pour les fins de cette analyse, l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication est comparable à l'emplacement de poteaux et de câbles de télécommunications. Un système d'antennes de radiocommunication, à l'instar des poteaux et des câbles de télécommunications, est essentiel à un réseau de communication, et leur emplacement adéquat est nécessaire à son maintien.

[65] Avec respect, nous sommes d'avis qu'au par. 81 de son arrêt, la Cour d'appel a erronément interprété l'arrêt *Bell* comme reconnaissant aux municipalités un certain pouvoir dans la détermination de l'emplacement précis des poteaux de télécommunication. À cet égard, la cour a cité le passage suivant : [TRADUCTION] « Leurs Seigneuries, toutefois, ne croient pas que les mots introduits par la modification peuvent avoir pour effet d'habiliter le conseil [municipal] à refuser à l'entreprise l'accès aux rues dans lesquelles elle pourrait proposer de faire passer son ou ses câbles. Il est possible que ces mots confèrent au conseil voix au chapitre dans la détermination de l'emplacement des poteaux dans les rues choisies par l'entreprise et, possiblement, à l'égard de la question de savoir si on installera des câbles aériens ou des câbles souterrains dans une rue donnée » (C.A., par. 81, citant *Bell*, p. 60-61). Or, cet extrait de l'arrêt *Bell* ne peut être cité hors contexte. Il est vrai que le Conseil privé avait conclu qu'une municipalité pouvait avoir son mot à dire quant à l'emplacement des poteaux. Cependant, cette prérogative de la municipalité ne trouvait pas sa source dans les compétences constitutionnellement dévolues aux provinces, mais plutôt dans une modification apportée par le Parlement fédéral à la loi constitutive de Bell. Ce passage n'indique donc nullement que l'emplacement d'un poteau de télécommunication ou d'un système d'antennes de radiocommunication ne fait pas partie du cœur de la compétence fédérale.

[66] Moreover, the evidence in the record favours a finding that the siting of radiocommunication antenna systems is at the core of the federal power over radiocommunication. It is the appropriate and specific siting of radiocommunication antenna systems that ensures the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada. Rogers' manager of radio engineering testified that a deviation of 100 or 200 metres from a clearly specified location can prevent the antenna system from effectively meeting the network's identified needs. This witness stated that, [TRANSLATION] "[b]ecause the position of the tower is really very . . . I'm talking about the new tower, it's very crucial to the network, such that the right position must be found to remedy the problem": examination-in-chief of Karim Trigui, A.R., vol. II, at p. 160.

[66] De plus, la preuve présentée ici milite pour la conclusion selon laquelle le choix de l'emplacement des systèmes d'antennes de radiocommunication est au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication. En effet, c'est l'emplacement adéquat et précis des systèmes d'antennes qui permet d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada. Selon le témoignage du directeur de l'ingénierie radio de Rogers, un décalage de 100 ou 200 mètres par rapport à un endroit bien précis peut empêcher le système d'antennes de répondre efficacement aux besoins identifiés du réseau. En effet, ce témoin affirme « [p]arce que la position de la tour elle est vraiment très [. . .] la nouvelle tour je parle, elle est très cruciale pour le réseau, de telle sorte [qu']il faut trouver la bonne position pour remédier au problème » : interrogatoire principal de Karim Trigui, d.a., vol. II, p. 160.

[67] This view is supported by the following passage from the Ontario Superior Court's decision in *Telus Communications Co. v. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656, at para. 30:

> In terms of Telus' national wireless network, it is vital and essential that each radio station . . . be sited, designed and oriented in . . . a manner that allows the wireless network to function properly. [A] change in the characteristics of an individual radio station, especially the location and height of the antennas, [could] critically . . . impai[r] Telus' wireless network thereby compromising its performance and reliability.

[67] Un extrait de l'arrêt *Telus Communications Co. c. Toronto (City)* (2007), 84 O.R. (3d) 656, par. 30, de la Cour supérieure de l'Ontario appuie cette opinion :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne le réseau mobile national de Telus, il est vital et essentiel que chaque station radio soit située, conçue et orientée de manière à permettre le bon fonctionnement de ce réseau. Un changement dans les caractéristiques d'une station radio donnée, particulièrement en ce qui concerne l'emplacement et la hauteur des antennes, pourrait nuire sérieusement au réseau mobile de Telus et compromettre ainsi son rendement et sa fiabilité.

[68] Michael Ryan expresses the same opinion about telecommunications infrastructure in "Telecommunications and the Constitution: Re-Setting the Bounds of Federal Authority" (2010), 89 *Can. Bar Rev.* 695, at p. 726:

> I suggested that the regulation of [telecommunications service providers'] rates and services, and the location, construction and maintenance of their networks and facilities, are matters that the case law indicates are "essential and vital" or, "absolutely indispensable and necessary" to the performance of the undertakings' federal mandate. As such, these form part of the "core"

[68] L'auteur Michael Ryan exprime le même avis dans « Telecommunications and the Constitution : Re-Setting the Bounds of Federal Authority » (2010), 89 *R. du B. can.* 695, p. 726, à propos de l'infrastructure en matière de télécommunications :

> [TRADUCTION] J'ai avancé que la réglementation des tarifs et des services [des fournisseurs de services de télécommunications], ainsi que l'emplacement, la construction et l'entretien de leurs réseaux et installations, constituent, d'après la jurisprudence, des éléments « vitaux et essentiels » ou encore « absolument nécessaires » à la réalisation du mandat fédéral des entreprises

federal competence under section 92(10)(*a*). [Emphasis added.]

[69] We conclude that the siting of antenna systems is part of the core of the federal power over radiocommunication and that any other conclusion would make it impossible for Parliament to achieve the purpose for which this power was conferred on it. The question therefore becomes whether, in the instant case, the effect of the notice of a reserve served by Châteauguay on the core of this federal power is sufficiently significant for the doctrine of interjurisdictional immunity to apply.

[70] In *Canadian Western Bank*, the Court held that it is not enough for the provincial legislation simply to "affect" that which makes a federal subject or object of rights specifically of federal jurisdiction: "The difference between 'affects' and 'impairs' is that the former does not imply any adverse consequence whereas the latter does" (para. 48). In that same paragraph, the Court explained that "[i]t is when the adverse impact of a law adopted by one level of government increases in severity from 'affecting' to 'impairing' (without necessarily 'sterilizing' or 'paralyzing')" that the doctrine of interjurisdictional immunity may be applied. This is why "impairment" suggests a serious or significant intrusion on the core of the power, that is, "a midpoint between sterilization and mere effects": *COPA*, at para. 44.

[71] In the case at bar, the service of the notice of a reserve prevented Rogers from constructing its antenna system on the property at 411 Boulevard Saint-Francis for two successive two-year periods, and there was no alternative solution to which it could have turned on short notice. Once the resolution authorizing the service of the notice of a reserve had been adopted, Châteauguay's offer meant that Rogers would have to wait either until the end of the expropriation proceedings with regard to the property at 50 Boulevard Industriel or for a period of approximately seven months before it would be

concernées. En tant que tels, ces éléments font partie du « cœur » ou « contenu essentiel » de la compétence conférée au fédéral par l'alinéa 92(10)*a*). [Nous soulignons.]

[69] Nous concluons que la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes va au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et qu'il est absolument nécessaire qu'il en soit ainsi pour que le Parlement puisse réaliser l'objet pour lequel ladite compétence lui a été attribuée. La question devient donc celle de déterminer si, en l'espèce, l'avis de réserve signifié par Châteauguay a un impact suffisamment important sur le cœur de cette compétence fédérale pour enclencher l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[70] Selon l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, il ne suffit pas que la législation provinciale « touche » simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral : « La différence entre la notion de "toucher" et celle "d'entraver" réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde » (par. 48). Au même paragraphe, la Cour précise que « [c]'est lorsque l'effet préjudiciable d'une loi adoptée par un ordre de gouvernement s'intensifie en passant de "toucher" à "entraver" (sans nécessairement "stériliser" ou "paralyser") » que l'on peut invoquer la règle de l'exclusivité des compétences. C'est pourquoi une entrave suppose une atteinte grave ou importante au cœur de la compétence, soit « un moyen terme entre la stérilisation et de simples effets » : *COPA*, par. 44.

[71] En l'espèce, la signification de l'avis de réserve a empêché Rogers de construire son système d'antennes sur le terrain situé au 411 Saint-Francis pour deux périodes successives de deux ans, alors qu'il n'existait aucune solution de rechange à laquelle elle aurait pu recourir à brève échéance. Une fois la résolution autorisant la signification de l'avis de réserve adoptée, Rogers devait attendre, soit la fin des procédures d'expropriation entreprises relativement au terrain situé au 50 Industriel, soit une période d'environ sept mois, avant de pouvoir construire ses installations sur le terrain situé au

able to construct its installation on the property at 411 Boulevard Saint-Francis. In these circumstances, Rogers was unable to meet its obligation to serve the geographic area in question as required by its spectrum licence. In this sense, the notice of a reserve compromised the orderly development and efficient operation of radiocommunication and impaired the core of the federal power over radiocommunication in Canada.

[72] For these reasons, we consider that the notice of a reserve seriously and significantly impaired the core of the federal power over radiocommunication and that this notice served on Rogers is therefore inapplicable by reason of the doctrine of interjurisdictional immunity.

[73] We note in closing that the facts of this case provide a good illustration of the co-operation between the various federal and provincial authorities that is contemplated in the *Circular*. The *Circular* describes the mechanism for the consultation that must be held to ascertain the concerns of municipalities and take their interests into account when deciding where to locate a radiocommunication antenna system. It also ensures the establishment of an efficient and orderly radiocommunication network across the country. The process it describes is clearly effective: at the hearing, the AGC stated that out of the more than one thousand situations in which the installation of antenna systems had been approved in the 2014-15 year, only three had resulted in an impasse between the spectrum licence holder and the municipality in question. In the instant case, Rogers initiated the required consultation process twice, and the consultation took a total of eight months to complete.

[74] In light of the foregoing, we are of the opinion that it will not be necessary to discuss the doctrine of federal paramountcy.

B. *Validity of the Notice of a Reserve From a Municipal Law Standpoint*

[75] Châteauguay and the AGQ argue that the establishment of the reserve in the case at bar

411 Saint-Francis selon l'offre de Châteauguay. Dans ces conditions, Rogers ne pouvait satisfaire à son obligation de desservir la région géographique en question, telle que l'exigeait sa licence de spectre. En ce sens, l'avis de réserve entravait le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication, et empiétait sur le cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication au Canada.

[72] Pour ces motifs, nous croyons que l'avis de réserve constituait une atteinte grave et importante au cœur de la compétence fédérale en matière de radiocommunication et que la doctrine de l'exclusivité des compétences rend ainsi inapplicable l'avis de réserve signifié à Rogers.

[73] Nous soulignons en terminant que les faits de la présente affaire sont une bonne illustration de la collaboration entre les différents acteurs fédéraux et provinciaux que prévoit la *Circulaire*. En effet, cette dernière décrit le mécanisme de consultation qui doit être mené pour recueillir les préoccupations des municipalités et pour tenir compte des intérêts de ces dernières dans le cadre de la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication. Elle assure aussi l'établissement d'un réseau de radiocommunication efficace et ordonné à travers le pays. À l'évidence, le processus prévu est efficace puisque, comme l'a affirmé le PGC à l'audience, sur plus de mille situations où l'installation de systèmes d'antennes a été approuvée au cours de l'année 2014-2015, seules trois ont mené à une impasse entre le détenteur de licence de spectre et la municipalité en cause. Or, en l'espèce, Rogers a entrepris le processus de consultation prescrit à deux reprises, consultation qui s'est étendue sur une période totale de huit mois.

[74] Vu ce qui précède, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de discuter de la doctrine de la prépondérance fédérale.

B. *La validité de l'avis de réserve sous l'angle du droit municipal*

[75] Selon Châteauguay et la PGQ, l'imposition de la réserve, en l'espèce, constitue un exercice

constitutes a valid exercise of the powers delegated to municipalities by the province, given that municipalities have the power to establish a reserve for any municipal purpose, including the establishment of a land reserve, and to protect the health and well-being of their residents. Rogers counters that the power to establish a reserve must be interpreted narrowly and requires a genuine intention on the municipality's part to expropriate the property targeted by the measure. Rogers submits that, in establishing the reserve in the circumstances of this case, Châteauguay acted beyond the scope of the powers delegated to it, and that the notice is therefore invalid.

[76] Although we agree that a notice of a reserve constitutes a significant impairment of the exercise of the right of ownership and can be issued only within the limits imposed by the legislature, we are of the opinion that that question need not be addressed here in light of our conclusions with respect to the constitutional issues.

VI. Disposition

[77] We would allow the appeal, with costs throughout.

English version of the reasons delivered by

Gascon J. —

I. Introduction

[78] I agree with my colleagues on the outcome of the appeal, but I disagree with the approach they have taken. In my opinion, this appeal should be resolved on the basis not of the pith and substance doctrine, but of the doctrine of interjurisdictional immunity.

[79] I am unable to conclude, as my colleagues do, that the pith and substance of the impugned notice of establishment of a reserve ("notice of a reserve") is limited to the choice of location or the siting of a radiocommunication antenna system. I agree with the Superior Court and the Court of Appeal that the evidence in the record supports a finding that the

valide des pouvoirs délégués aux municipalités par la province puisque ces dernières disposent du pouvoir d'imposer une réserve pour toute fin municipale, notamment l'établissement d'une réserve foncière, ainsi que du pouvoir de réglementer la protection de la santé et du bien-être de leurs résidents. Pour sa part, Rogers soutient que le pouvoir d'imposer une réserve doit être interprété restrictivement et demeure tributaire de la volonté réelle de la municipalité d'exproprier l'immeuble visé par cette mesure. En l'espèce, Rogers fait valoir qu'en imposant la réserve dans les circonstances, Châteauguay a excédé les pouvoirs qui lui ont été délégués et l'avis est donc invalide.

[76] Même si nous convenons que l'avis de réserve constitue une entrave importante à l'exercice du droit de propriété et qu'il doit être émis dans les limites imposées par le législateur, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'aborder cette question en raison de nos conclusions sur le plan du droit constitutionnel.

VI. Dispositif

[77] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

Le juge Gascon —

I. Introduction

[78] Je suis d'accord avec mes collègues sur le sort ultime de l'appel. J'estime par contre que l'approche à favoriser n'est pas celle qu'ils préconisent. À mon avis, ce pourvoi doit se résoudre non pas en vertu de la doctrine du caractère véritable, mais en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[79] Je ne peux me convaincre que le caractère véritable de l'avis d'imposition de réserve contesté (« avis de réserve ») se limite, comme mes collègues le proposent, au choix ou à la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes de radiocommunication. Tout comme la Cour supérieure et la Cour d'appel, je considère que la preuve au dossier appuie

dominant characteristic of that notice, that is, what it is intended to do and why, relates first and foremost to ensuring the harmonious development of the territory of the City of Châteauguay ("City" or "Châteauguay") and protecting the well-being and health of the people living there. These are matters that come within the classes of subjects that fall under provincial jurisdiction pursuant to s. 92(13) and s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*. From this perspective, they do not relate to the federal power over radiocommunication. At a minimum, they are indicative of a situation in which the double aspect doctrine applies.

[80] Having said this, although I conclude that the notice of a reserve is *intra vires* Châteauguay, I nevertheless agree with my colleagues that, on the basis of the doctrine of interjurisdictional immunity, the notice impairs the core of the federal power over radiocommunication. The choice of location or the siting of antenna systems is at the core of that power. By blocking the location decided on in accordance with the procedure provided for in the federal legislation, the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, and circular *CPC-2-0-03 — Radiocommunication and Broadcasting Antenna Systems* ("*Circular*"), the notice intrudes significantly on a vital and essential aspect of the power. The result, in my opinion, is that the appeal of Rogers Communications Inc. must be allowed on this basis.

II. Constitutional Doctrines

[81] In my view, it is helpful to discuss at the outset certain principles that must be applied in determining whether a provincial or municipal measure such as the one at issue in this case is valid. The first of these principles is that the impugned measure is presumed to be *intra vires* the province or municipality. The Court has often mentioned the importance of this presumption of constitutionality, which Ritchie J. summarized as follows in *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662:

le constat voulant que la caractéristique dominante de cet avis, bref, ce qu'il vise et pourquoi, demeure au premier chef l'aménagement harmonieux du territoire de la Ville de Châteauguay (« Ville » ou « Châteauguay ») et la protection du bien-être et de la santé de ses citoyens. Il s'agit là de matières qui entrent dans des catégories de sujets qui relèvent de compétences provinciales aux termes des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De ce point de vue, il ne s'agit pas de matières qui, sous cet aspect, relèvent de la compétence fédérale en radiocommunication. Au minimum, elles témoignent d'une situation où la théorie du double aspect trouve application.

[80] Cela dit, bien que je conclus que l'avis de réserve est *intra vires* des pouvoirs de Châteauguay, je conviens avec mes collègues qu'en appliquant la doctrine de l'exclusivité des compétences, cet avis entrave néanmoins le cœur de la compétence fédérale sur les radiocommunications. Le choix ou la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes se situe au cœur de cette compétence. En faisant échec à l'emplacement déterminé selon le mécanisme prévu à la loi fédérale, la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2, et à la circulaire *CPC-2-0-03 — Systèmes d'antennes de radiocommunications et de radiodiffusion* (« *Circulaire* »), l'avis de réserve empiète de façon importante sur un élément du contenu vital et essentiel de la compétence. Il en résulte que, selon moi, l'appel de Rogers Communications Inc. doit être accueilli pour ce motif.

II. Les doctrines constitutionnelles

[81] J'estime utile de rappeler d'abord certains principes qui doivent guider l'analyse de la validité d'une mesure législative provinciale ou d'une mesure municipale comme celle contestée ici. Un premier principe veut que la mesure contestée est présumée *intra vires* des pouvoirs de la province ou de la municipalité. La Cour a souvent rappelé l'importance de cette présomption de conformité constitutionnelle que le juge Ritchie résume en ces termes dans *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662 :

In all such cases the Court cannot ignore the rule implicit in the proposition stated as early as 1878 by Mr. Justice Strong in *Severn v. The Queen* [(1878), 2 S.C.R. 70], at p. 103, that any question as to the validity of provincial legislation is to be approached on the assumption that it was validly enacted. As was said by Fauteux J., as he then was, in the *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [[1957] S.C.R. 198,] at p. 255:

There is a *presumptio juris* as to the existence of the *bona fide* intention of a legislative body to confine itself to its own sphere and a presumption of similar nature that general words in a statute are not intended to extend its operation beyond the territorial authority of the Legislature. [pp. 687-88]

[82] Professor Hogg states that "[t]he characterization of a statute is often decisive of its validity . . . . The choice between competing characteristics of the statute, in order to identify the most important one as the 'matter', may be nothing less than a choice between validity or invalidity" (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-21). Hence, he notes quite rightly that, "where the choice between competing characterizations is not clear, the choice which will support the legislation is normally to be preferred" (pp. 15-22 and 15-23). He adds in the same vein that, "in choosing between competing, plausible characterizations of a law, the court should normally choose that one that would support the validity of the law" (p. 15-23).

[83] As the Court observed in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, it follows that the burden is on the party challenging the exercise of a provincial or municipal power to prove that it is invalid and that the impugned measure is *ultra vires* (para. 21, citing *Kuchma v. Rural Municipality of Tache*, [1945] S.C.R. 234, at p. 239, and *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, at p. 395).

[84] In *Spraytech*, the Court also recognized the importance to be given to the principle of subsidiarity. As the Court explained, this principle is the proposition that "law-making and implementation

Dans des affaires de ce genre, la Cour ne peut négliger la règle énoncée dès 1878 par le juge Strong dans l'arrêt *Severn c. La Reine* [(1878), 2 R.C.S. 70], à la p. 103, selon laquelle il faut aborder toute question relative à la validité d'une loi provinciale en présumant qu'elle est valide. Comme l'a dit le juge Fauteux, alors juge puîné, dans *Le renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act*, [[1957] R.C.S. 198,] à la p. 255 :

[TRADUCTION] Il y a une présomption légale quant à l'existence de la bonne foi avec laquelle un corps législatif a l'intention de se limiter à son propre domaine d'activité et il existe une présomption de nature semblable selon laquelle les termes généraux d'une loi n'ont pas pour objet de la faire s'appliquer au-delà de la compétence territoriale du législateur. [p. 687-688]

[82] Comme l'indique le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [c]aractériser une loi revient souvent à décider de sa validité [. . .] Choisir entre les caractéristiques concurrentes de la loi afin de retenir la plus importante qui en déterminera la "matière" peut revenir à rien de moins que choisir entre validité et invalidité » (*Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 15-21). Partant, il souligne à juste titre que « lorsque le choix entre des caractérisations concurrentes n'est pas clair, il doit normalement s'arrêter sur celle qui étaye la validité de la loi » (p. 15-22 et 15-23). Il ajoute dans la même perspective que « le tribunal appelé à choisir entre des caractérisations plausibles concurrentes doit normalement retenir celle qui étaye la validité de la loi » (p. 15-23).

[83] Comme la Cour le note dans *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, il s'ensuit que le fardeau de démontrer que l'exercice d'un pouvoir provincial ou municipal est invalide et la mesure contestée, *ultra vires*, repose sur les épaules de la partie qui la conteste (par. 21, citant *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234, p. 239, et *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, p. 395).

[84] L'arrêt *Spraytech* reconnaît également l'importance de favoriser le principe de subsidiarité. Comme l'explique la Cour, ce principe veut que « le niveau de gouvernement le mieux placé pour

are often best achieved at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected and thus most responsive to their needs, to local distinctiveness, and to population diversity" (*Spraytech*, at para. 3; see also *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 ("*CWB*"), at para. 45). In the words of Professor Hogg once again, "[t]he choice [of characterization] must be guided by a concept of federalism. Is this the kind of law that should be enacted at the federal or the provincial level?" (p. 15-21). At first glance, a municipality that adopts a resolution for the purposes of protecting the well-being and health of its residents and ensuring the harmonious development of its territory would normally be considered to be the government at the level at which the adoption of such measures would be best achieved.

[85] Finally, any application of the constitutional doctrines must take into account the principle of co-operative federalism to which the Court has referred in a number of cases (*CWB*, at para. 24; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453, at para. 162; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 10). This principle favours, where possible, the operation of statutes enacted by governments at both levels (*Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53, at para. 50, citing *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *CWB*, at para. 37). The Court's adoption of an approach involving concurrent federal and provincial powers, as opposed to applying the outdated concept of "watertight compartments" to establish exclusive jurisdictions, is consistent with this (*CWB*; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2).

[86] In my opinion, this backdrop must be borne in mind in determining whether the notice of a reserve is constitutional.

adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population » (*Spraytech*, par. 3; voir aussi, *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (« *BCO* »), par. 45). Comme le rappelle à nouveau le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [l]e choix [d'une caractérisation] doit être guidé par une conception du fédéralisme. S'agit-il d'un type de loi qui devrait être édicté au palier fédéral ou provincial? » (p. 15-21). À première vue, une municipalité qui adopte une résolution dans l'objectif de protéger le bien-être et la santé de ses citoyens et de veiller à l'aménagement harmonieux de son territoire se veut normalement le palier de gouvernement le mieux placé pour adopter de telles mesures.

[85] Enfin, dans toute application des doctrines constitutionnelles, on ne peut ignorer le principe du fédéralisme coopératif articulé par la Cour dans plusieurs arrêts (*BCO*, par. 24; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 10). Ce principe favorise l'application, dans la mesure du possible, des lois adoptées par les deux ordres du gouvernement (*Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53, par. 50, citant *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *BCO*, par. 37). L'adoption par la Cour d'une approche axée sur la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux, plutôt que sur la notion désuète des « compartiments étanches » pour établir des compétences exclusives, s'inscrit dans le même sens (*BCO*; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2).

[86] C'est sur cette toile de fond que l'analyse de la validité constitutionnelle de l'avis de réserve doit à mon avis s'effectuer.

A. *Pith and Substance Doctrine*

[87] Rogers is challenging municipal resolution No. 2010-904 of October 4, 2010, which authorized the issuance of the notice of a reserve; the resolution itself was authorized by several provincial statutory provisions (*Cities and Towns Act*, CQLR, c. C-19, ss. 29.4 and 570; *Expropriation Act*, CQLR, c. E-24, ss. 69 et seq.), none of which are being challenged here. It is well established that the analysis with respect to the constitutional validity of an impugned measure involves two steps: "The first step is to determine the 'pith and substance' or essential character of the law. The second step is to classify that essential character by reference to the heads of power under the *Constitution Act, 1867* in order to determine whether the law comes within the jurisdiction of the enacting government" (*Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 15). If the law or measure comes within the jurisdiction of the government that enacted or adopted it, it is valid (*ibid.*; P. J. Monahan and B. Shaw, *Constitutional Law* (4th ed. 2013), at pp. 123-24).

[88] A measure's pith and substance is determined by identifying the "matter" to which it relates in light of its true purpose and its effects (Hogg, at p. 15-7; *Reference re Firearms Act*, at para. 16; *CWB*, at paras. 26-27). To determine the purpose of the impugned measure, a court must consider "both intrinsic evidence, such as purpose clauses, and extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees" (*Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 53). As for the effects of the impugned measure, both the legal effects and the practical consequences of applying it must be taken into account (Hogg, at pp. 15-16 and 15-17; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 482-83; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 23; *Kitkatla Band*, at para. 54). To determine how the purpose of the impugned measure is intended to be achieved, the court must understand and define its "total meaning" (*Reference re Firearms Act*, at

A. *La doctrine du caractère véritable*

[87] La contestation de Rogers vise la résolution municipale n^{o} 2010-904 du 4 octobre 2010 autorisant l'émission de l'avis de réserve, résolution qui est elle-même autorisée par diverses dispositions de lois provinciales dont personne ne conteste ici la validité (*Loi sur les cités et villes*, RLRQ, c. C-19, art. 29.4 et 570; *Loi sur l'expropriation*, RLRQ, c. E-24, art. 69 et suiv.). Il est acquis que l'analyse relative à la validité constitutionnelle de la mesure contestée comporte deux facettes : « La première consiste à déterminer le "caractère véritable" ou le caractère essentiel de la loi et la seconde à classer ce caractère essentiel eu égard aux chefs de compétence établis par la *Loi constitutionnelle de 1867*, afin de déterminer si la loi relève de la compétence du gouvernement qui l'a adoptée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 15). Si la loi ou la mesure relève de la compétence du gouvernement qui l'a adoptée, elle est valide (*ibid.*; P. J. Monahan et B. Shaw, *Constitutional Law* (4^{e} éd. 2013), p. 123-124).

[88] La détermination du caractère véritable de la mesure se fait en identifiant la « matière » sur laquelle elle porte, en tenant compte de son objectif réel et de ses effets (Hogg, p. 15-7; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16; *BCO*, par. 26-27). Pour déterminer l'objet de la mesure contestée, il faut examiner « tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires » (*Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53). Pour ce qui est des effets de la mesure contestée, il faut tenir compte des effets juridiques et des conséquences pratiques de son application (Hogg, p. 15-16 et 15-17; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 482-483; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23; *Bande Kitkatla*, par. 54). En déterminant comment la mesure contestée cherche à atteindre son but, il importe

para. 18, citing W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at pp. 239-40).

[89] Neither the Superior Court nor the Court of Appeal held that the notice of a reserve was *ultra vires* Châteauguay, quite the contrary. On the one hand, Perrault J. stated at first instance that the City had issued the notice [TRANSLATION] "in order to protect the welfare of its citizens" (2013 QCCS 3138, 110 L.C.R. 81, at para. 153). This comment by the motion judge followed her analysis of the City's resolution (para. 152). In it, she drew a parallel with what she had already said about the notice of expropriation (para. 153); she had written at para. 149 that the notice of expropriation was neither *ultra vires* nor unconstitutional. The constitutional issue that Perrault J. did not discuss with respect to the notice of a reserve was the one concerning what she characterized as "unconstitutional impairment" (Part VI.B and para. 166). It can be seen from her reasons that she was referring there to the doctrine of interjurisdictional immunity, not to the pith and substance doctrine. The passage from para. 163 of Perrault J.'s reasons that my colleagues reproduce at para. 44 of their own reasons was part of her analysis on the municipal law issue and concerned the allegation of bad faith on the City's part that the Court of Appeal subsequently rejected. My colleagues do not discuss this aspect in their reasons (paras. 75-76).

[90] On the other hand, Dutil J.A., writing for the Court of Appeal, concluded her analysis of the notice's pith and substance as follows:

> [TRANSLATION] The notices of expropriation and reserve examined as a whole have a valid municipal purpose because they seek to respond to concerns of the citizens of Châteauguay concerning possible repercussions of radio waves on their health and to ensure a harmonious development of its territory. Their pith and substance was not to encroach upon a federal power. Châteauguay wished to facilitate the exercise by preventing the project from being completed on the [property at] 411 St-Francis at a time when citizens were opposed to it.
>
> (2014 QCCA 1121, 113 L.C.R. 233, at para. 78)

de bien comprendre et cerner son « entière portée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 18, citant W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), p. 239-240).

[89] Ni la Cour supérieure ni la Cour d'appel n'ont conclu que l'avis de réserve était *ultra vires* des pouvoirs de Châteauguay, bien au contraire. D'une part, en première instance, la juge Perrault a indiqué que la Ville avait émis cet avis « afin de protéger le bien-être de ses citoyens » (2013 QCCS 3138, [2013] R.J.Q. 1177, par. 153). Ce propos de la juge d'instance suit son analyse de la résolution de la Ville (par. 152). Elle y trace un parallèle avec ce qu'elle énonce auparavant sur l'avis d'expropriation (par. 153); elle écrit au par. 149 que cet avis d'expropriation n'est ni *ultra vires*, ni inconstitutionnel. Le débat constitutionnel dont la juge ne traite pas au regard de l'avis de réserve est celui relatif à ce qu'elle qualifie « d'entrave inconstitutionnelle » (partie VI.B) et par. 166). On comprend de ses motifs qu'elle réfère là à la doctrine de l'exclusivité des compétences, et non à celle du caractère véritable. La citation de son par. 163 auquel mes collègues renvoient au par. 44 de leurs motifs se situe dans l'analyse de la juge propre à la question de droit municipal. Cette citation touche la prétendue mauvaise foi de la Ville que la Cour d'appel a par ailleurs écartée. Mes collègues ne traitent pas de cet aspect du débat dans leurs motifs (par. 75-76).

[90] D'autre part, écrivant pour la Cour d'appel, la juge Dutil a quant à elle terminé son analyse du caractère véritable en indiquant ceci :

> Les avis d'expropriation et de réserve, examinés ensemble, ont une fin municipale valide puisqu'ils ont pour but de répondre aux inquiétudes des citoyens de Châteauguay concernant les répercussions possibles des ondes radio sur leur santé et [d']assurer un développement harmonieux de son territoire. Leur caractère véritable n'était pas d'entraver une compétence fédérale. Châteauguay voulait en faciliter l'exercice en évitant que le projet se réalise sur le 411 St-Francis alors que les citoyens s'y opposent.
>
> (2014 QCCA 1121, par. 78 (CanLII))

[91] These conclusions of the courts below were based on an in-depth review of the evidence in the record dating from the initial contacts between Rogers and Châteauguay to the adoption of the impugned notice of a reserve. My colleagues recognize that the determination of the pith and substance of a municipal measure requires an examination of both intrinsic and extrinsic evidence, including evidence of the circumstances in which the measure was adopted (para. 36). Yet it seems to me that their analysis (at paras. 43-46) attaches little importance to certain aspects of this evidence, such as the content of the resolution authorizing the land reserve and that resolution's preamble, or the circumstances that preceded and resulted in its adoption in October 2010.

[92] My colleagues' analysis also focuses on the effects of the notice. They accept Rogers' argument in this regard that the notice's only legal and practical effect was to choose or determine the location of the radiocommunication antenna system and to prevent the installation of such a system on the property at 411 Boulevard St-Francis. They summarily rule out any possibility that the notice had a municipal purpose, merely stating that, even if the measure addressed concerns about the health and well-being of Châteauguay's residents, that "would clearly constitute a usurpation of the federal power" (para. 46).

[93] I see things differently. In my opinion, the determination of a measure's pith and substance is a delicate exercise of judgment (Hogg, at p. 15-8) that requires a court to consider and assess the impugned measure as a whole, weighing all its aspects. Although I do not recommend an overly general approach that would make the pith and substance analysis superficial, it is my view that the identification of the matter to which the measure relates requires the adoption of a flexible approach tailored to the modern conception of federalism, which allows for some overlapping and favours a spirit of cooperation.

[94] It seems to me that my colleagues' approach leaves little or no room for the valid municipal

[91] Ces conclusions des instances inférieures s'appuient sur une révision détaillée de la preuve au dossier, des premières interactions entre Rogers et Châteauguay jusqu'à l'adoption de l'avis de réserve contesté. Mes collègues reconnaissent que la détermination du caractère véritable d'une mesure municipale relève d'un examen à la fois de la preuve intrinsèque et extrinsèque, y compris les circonstances de l'adoption de la mesure (par. 36). Toutefois, leur analyse (par. 43-46) me semble accorder peu d'importance à certains aspects de cette preuve, comme par exemple le contenu de la résolution autorisant la réserve foncière et son préambule ou les circonstances qui ont précédé et mené à l'adoption de la résolution en octobre 2010.

[92] L'analyse de mes collègues insiste aussi sur l'examen des effets de l'avis. Ils retiennent à ce sujet la prétention de Rogers voulant que son seul effet juridique et pratique soit de choisir ou déterminer l'emplacement du système d'antennes de radiocommunication et d'empêcher l'installation d'un tel système sur le terrain situé au 411, boulevard Saint-Francis (« 411 Saint-Francis »). Ils écartent sommairement toute fin municipale à l'avis de réserve, se limitant à énoncer que, même si la mesure répondait à des préoccupations sur la santé et le bien-être des résidents de Châteauguay, cela « usurperait sans aucun doute l'exercice de la compétence fédérale » (par. 46).

[93] Je vois les choses autrement. Déterminer le caractère véritable reste selon moi un délicat exercice de jugement (Hogg, p. 15-8) qui commande d'évaluer et d'apprécier la mesure contestée dans son ensemble, en soupesant toutes ses facettes. Sans préconiser une démarche trop générale qui rendrait l'analyse du caractère véritable superficielle, j'estime que l'identification de la matière sur laquelle porte la mesure requiert l'adoption d'une approche souple, adaptée à la conception moderne du fédéralisme qui permet certains chevauchements et favorise un esprit de coopération.

[94] Or, il me semble que l'approche de mes collègues laisse peu sinon pas de place à la fin

purpose relied on by the respondents, which the courts below placed at the forefront of their assessment of the evidence. In this regard, my colleagues' pith and substance analysis overlooks an important part of the context of the adoption of the resolution authorizing the notice of a reserve. Their analysis also disregards the purpose of issuing the notice, aside from their alluding to the possibility that its real purpose may differ from its stated objective (para. 49). As a result, in my opinion, their analysis is at odds with the flexible and comprehensive approach that must be favoured and with the presumption of validity of a provincial or municipal measure to which I referred above. I cannot accept that view of the matter of the impugned measure, which I find to be too rigid and too narrow.

[95] Contrary to what my colleagues state at para. 47, my approach does not distort the measure's pith and substance. With respect, the analysis I propose does not at all entail the risk they describe. Far from restricting significantly a power of one level of government, it instead recognizes how important that power is, but on the basis of a constitutional doctrine that I consider it more appropriate to apply in this case. From this point of view, I find it a bit much to suggest that a flexible approach to the pith and substance doctrine could encourage municipalities to hide behind local interests in order to exercise a federal power. This case provides a good illustration of why that cannot be true if the constitutional doctrines are applied correctly.

[96] If the events that preceded and resulted in the adoption of the resolution under which the notice of a reserve was issued are taken into account, the picture of the measure adopted by Châteauguay is, in my view, different from the one painted by my colleagues. The factual context supports the existence of another normative perspective that relates to provincial jurisdiction.

[97] In this regard, I note that the impugned resolution was adopted following several years of opposition by Châteauguay to having a radiocommunication tower located on the property at

municipale valide qu'invoquent les intimées et que les instances inférieures placent au premier plan dans leur évaluation de la preuve. Sous ce rapport, leur analyse du caractère véritable passe sous silence une partie importante du contexte de l'adoption de la résolution autorisant l'avis de réserve. Elle ne tient pas compte non plus de l'objet de l'imposition de l'avis, mis à part une allusion à la possibilité que son objet véritable puisse être distinct de l'objectif annoncé (par. 49). Ce faisant, cette analyse s'inscrit selon moi à l'encontre de l'approche souple et globale qui doit être favorisée et de la présomption relative à la validité d'une mesure provinciale ou municipale à laquelle j'ai fait allusion. Je ne peux souscrire à cette conception à mon sens trop rigide et trop étroite de la matière de la mesure contestée.

[95] Contrairement à ce qu'affirment mes collègues au par. 47, l'exercice auquel je me prête ne dénature pas le caractère véritable de la mesure. Avec égards, le risque dont ils font état cadre du reste fort mal avec l'analyse que je propose. Loin de restreindre sévèrement la compétence d'un ordre législatif, cette analyse lui reconnaît plutôt toute son importance, mais en fonction d'une doctrine constitutionnelle que j'estime plus approprié de suivre en l'espèce. De ce point de vue, il me semble un peu exagéré de suggérer qu'une approche souple de la doctrine du caractère véritable risque d'inciter les municipalités à exercer une compétence législative fédérale sous le couvert d'intérêts locaux. Le présent dossier illustre bien pourquoi, en appliquant correctement les doctrines constitutionnelles, ce ne saurait être le cas.

[96] En tenant compte des événements qui ont précédé et mené à l'adoption de la résolution imposant l'avis de réserve, le portrait de la mesure adoptée par Châteauguay est à mon avis différent de celui peint par mes collègues. Le contexte factuel appuie l'existence d'une autre perspective normative qui relève de la compétence provinciale.

[97] À ce chapitre, je rappelle que la résolution attaquée est adoptée après quelques années d'opposition de la part de Châteauguay à la présence d'une tour de radiocommunication sur le 411 Saint-Francis,

411 Boulevard St-Francis, for reasons related to the concerns of neighbourhood residents about their health and well-being, as well as to Châteauguay's concern about ensuring the harmonious development of its territory.

[98] In April 2008, more than two years before issuing the notice of a reserve, Châteauguay informed Rogers that the property at 411 Boulevard St-Francis was not located in a zone in which the planned use was permitted under the City's zoning by-law, and that there were concerns about residents' health. From the start, the reason why the property at 50 Boulevard Industriel was proposed as an alternative site with a lower impact was linked to the development of the territory of Châteauguay and to the City's concerns about the potential effects of locating a tower in a residential zone.

[99] It is true that Châteauguay issued a permit for the construction of the communication tower on February 17, 2009, but the City never stopped reiterating its disagreement with the site at 411 Boulevard St-Francis. Indeed, the permit included mitigation measures that had been negotiated with the company. Around April or May 2009, Châteauguay revoked the permit after receiving a petition signed by about a hundred people who were opposed to the installation of the tower at 411 Boulevard St-Francis. The wording of the petition shows that these individuals were concerned about their health and about the development of the territory of Châteauguay. Those same concerns are reflected in a letter dated May 27, 2009 from the Member of Parliament for Châteauguay to the President of Rogers.

[100] This history provides important context for determining the purpose of the notice of a reserve. It shows that Châteauguay opposed the construction of a tower on the property at 411 Boulevard St-Francis not simply to control the siting of a radiocommunication system, but rather to respond to its residents' concerns. As the motion judge noted, [TRANSLATION] "[t]he City sought to acquire a site with a lower impact . . . in the interests of its citizens and to meet the requirement of ensuring the harmonious organisation of its territory" (para. 70).

et ce, pour des raisons liées aux craintes des résidents du quartier à l'égard de leur santé et de leur bien-être, ainsi qu'en raison du souci de Châteauguay relatif à l'aménagement harmonieux de son territoire.

[98] En avril 2008, plus de deux ans avant l'émission de l'avis de réserve, Châteauguay informe Rogers que le 411 Saint-Francis n'est pas situé dans une zone permise pour l'usage projeté selon le règlement de zonage de la Ville, et qu'il existe des craintes en ce qui concerne la santé des résidents. La raison pour laquelle le 50, boulevard Industriel est proposé comme site alternatif de moindre impact est liée dès le départ à l'aménagement du territoire de Châteauguay et à ses inquiétudes sur les effets potentiels de l'emplacement d'une tour dans une zone résidentielle.

[99] Il est vrai que, le 17 février 2009, Châteauguay émet un permis pour la construction de la tour de communication, mais la Ville ne cesse jamais de réitérer son désaccord à son emplacement sur le 411 Saint-Francis. Ce permis contient d'ailleurs des mesures d'atténuation négociées avec l'entreprise. Dès avril-mai 2009, Châteauguay révoque ce permis après avoir reçu une pétition signée par une centaine de citoyens s'opposant à l'installation de la tour au 411 Saint-Francis. Le texte de la pétition montre que les citoyens s'inquiètent pour leur santé et pour l'aménagement du territoire de Châteauguay. Une lettre du 27 mai 2009 de la députée fédérale de Châteauguay au président de Rogers reflète ces mêmes préoccupations.

[100] Cet historique fait ressortir un contexte important dans la détermination de l'objectif visé par l'avis de réserve. Il établit que Châteauguay ne s'est pas opposée à la présence d'une tour sur le 411 Saint-Francis simplement pour contrôler l'emplacement d'un système de radiocommunication, mais pour répondre aux préoccupations de ses résidents. Comme l'a constaté la première juge, « [l]a Ville cherch[ait] à faire l'acquisition d'un site de moindre impact [. . .] dans l'intérêt de la population et la nécessité de voir à l'organisation harmonieuse de son territoire » (par. 70).

[101] That concern is also reflected in the preamble to the municipal resolution authorizing the establishment of the land reserve. The preamble sets out the considerations that motivated the adoption of the resolution, which indicate that the City's ultimate purpose and its wish was to respond to its residents' concerns about the potentially harmful effects of the radiocommunication tower on their well-being, while at the same time trying to obtain a site with a lower impact that Rogers could use to install its antenna system. The preamble also confirms the objective of harmonious development of the City's territory. These matters correspond to a valid municipal purpose and fall within the provincial heads of power provided for in s. 92(13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*.

[102] At paragraph 49 of their reasons, my colleagues seem to question Châteauguay's true intentions by comparing the resolution to the by-law that was challenged and ultimately found to be *ultra vires* in *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453. They note that, "[a]s in the instant case", the "stated" objective of the by-law in *Lacombe* fell under provincial jurisdiction, whereas its real purpose related to a federal power. With respect, this does not seem to be an apt comparison given the motion judge's finding of fact that [TRANSLATION] "[o]ne . . . cannot criticise the City for wanting to respond to fears of its residents concerning health risks arising out of exposure to radio frequencies" and that, by issuing the notice of a reserve, "the City . . . acted in order to protect the welfare of its citizens" (paras. 97 and 153). Moreover, my colleagues do not really dispute the Court of Appeal's finding that the City acted in good faith in issuing the notice (paras. 75-76). In light of this, I find it difficult to understand how Châteauguay's actions can be seen as having any purpose other than the one set out in the preamble to the resolution. That purpose is genuine and was pursued in good faith, and there is nothing colourable about it.

[103] As regards the effects of the notice of a reserve, this Court has held that the notice's legal effect must be distinguished from its practical effect

[101] Cette préoccupation se reflète tout autant dans le préambule de la résolution municipale autorisant l'imposition de la réserve foncière. Ce préambule constate les considérations qui ont motivé l'adoption de la résolution. Elles indiquent que la Ville agissait avec l'objectif ultime et le désir de répondre aux inquiétudes de ses citoyens sur les effets potentiellement nocifs de la tour de radiocommunication sur leur bien-être, tout en essayant d'obtenir un site de moindre impact pour Rogers de façon à lui permettre de procéder à l'installation de son système d'antennes. Ce préambule confirme également l'objectif d'aménagement harmonieux du territoire. Ces matières correspondent à une fin municipale valide et entrent dans les champs de compétence provinciaux des par. 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[102] Au paragraphe 49 de leurs motifs, mes collègues semblent remettre en question les intentions réelles de Châteauguay en comparant la résolution au règlement attaqué et ultimement jugé *ultra vires* dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453. Ils indiquent que, « [t]out comme en l'espèce », l'objectif « annoncé » du règlement dans *Lacombe* se rattachait à un champ de compétence provincial, alors que son objet véritable relevait d'une compétence fédérale. Avec égards, cette comparaison me semble boiteuse devant la conclusion de fait de la juge d'instance qu'« [o]n ne peut [. . .] reprocher à la Ville de vouloir répondre aux craintes de ses résidants concernant les risques pour la santé d'une exposition aux radiofréquences » et qu'en imposant l'avis de réserve, « la Ville [. . .] a agi afin de protéger le bien-être de ses citoyens » (par. 97 et 153). Mes collègues ne contestent guère plus la conclusion de la Cour d'appel voulant que la Ville ait agi de bonne foi en émettant l'avis de réserve (par. 75-76). Devant cela, je comprends mal comment l'on peut constater dans les gestes de Châteauguay un objectif autre que celui exprimé dans le préambule de la résolution. Cet objectif est réel et empreint de bonne foi, tout en n'ayant rien de déguisé.

[103] Quant aux effets de l'avis de réserve, notre Cour rappelle qu'il faut distinguer son effet juridique de son effet pratique (*Bande Kitkatla*, par. 54;

(*Kitkatla Band*, at para. 54; *Morgentaler*, at pp. 482-83). The legal effect of issuing the notice is to prohibit any construction on the immovable affected by it (*Expropriation Act*, s. 69). The notice also allows Châteauguay to initiate an expropriation process that will enable the City to pursue municipal purposes on the property. The notice's legal effect therefore opens the way for Châteauguay to exercise its powers of expropriation, which falls within its jurisdiction to regulate the development of its territory in accordance with its needs and priorities.

[104] It is true that in practice, the effect of the notice of a reserve is to prohibit Rogers from constructing its radiocommunication tower on the property at 411 Boulevard St-Francis. In this respect, even though this prohibition does not require Rogers to construct the tower on another specific piece of property, it nonetheless limits the places where the tower can be located, particularly since, according to Rogers, there are few suitable sites within its search area. From this perspective, I agree with my colleagues that the City's resolution, in responding to the needs of residents, affects the federal government's power over radiocommunication given that the issuance of the notice clearly has an impact on the siting of Rogers' radiocommunication tower. Châteauguay has never denied this. The preamble to the resolution refers to the fact that Châteauguay and Rogers tried to work together to identify a mutually acceptable site that would be suitable for installation of the radiocommunication tower. The effect on the federal power is therefore intimately linked to what the City actually seeks to achieve, namely to protect the health and well-being of its residents and to reassure them.

[105] The effect of the notice of a reserve is in this regard comparable to that of the by-law that was challenged in *Spraytech.* In that case, the Court found that the by-law did not create a total prohibition against pesticides but, rather, affected their use in certain situations (para. 24). Similarly, the notice in the case at bar does not impose a specific location for the radiocommunication tower. Rather, it limits the range of sites that are available for the construction of such a tower in the context of the exercise by Châteauguay of its power to ensure the development

Morgentaler, p. 482-483). L'effet juridique de l'imposition de l'avis de réserve est de prohiber toute construction sur l'immeuble qui en fait l'objet (*Loi sur l'expropriation*, art. 69). L'avis permet aussi à Châteauguay d'entreprendre un processus d'expropriation par lequel la Ville peut poursuivre des fins municipales sur le terrain. Ainsi, son effet juridique ouvre la porte à un exercice par Châteauguay de ses pouvoirs d'expropriation, ce qui relève de sa compétence de réglementer l'aménagement de son territoire selon ses besoins et priorités.

[104] Il est vrai qu'en pratique, l'effet de l'avis de réserve se traduit par une interdiction pour Rogers de bâtir sa tour de radiocommunication sur le terrain situé au 411 Saint-Francis. Sous ce rapport, même si cette interdiction n'oblige pas Rogers à poursuivre la construction sur un autre terrain précis, elle limite néanmoins les endroits où la tour de radiocommunication peut se situer, d'autant que selon Rogers, peu de sites propices se trouvent à l'intérieur de son aire de recherche. Dans cette optique, je conviens avec mes collègues qu'en répondant aux besoins des citoyens, la résolution de la Ville touche à la compétence fédérale en radiocommunication, puisque l'imposition de l'avis de réserve entraîne une conséquence certaine pour l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers. Châteauguay ne l'a du reste jamais nié. Le préambule de la résolution renvoie au fait que Châteauguay et Rogers ont tenté de travailler ensemble pour trouver, d'un commun accord, un site propice à l'installation de la tour de radiocommunication. Ainsi, l'effet sur la compétence fédérale reste donc intimement lié au résultat réellement recherché par la Ville, soit de protéger le bien-être et la santé de ses citoyens et de les rassurer.

[105] À ce chapitre, l'effet de l'avis de réserve se compare à celui du règlement contesté dans *Spraytech*. Dans ce pourvoi, la Cour a déterminé que le règlement ne créait pas une interdiction totale des pesticides, mais avait plutôt un effet sur leur usage dans certains cas (par. 24). De la même manière, l'avis de réserve en l'espèce ne dicte pas de façon absolue l'emplacement de la tour de radiocommunication. Il circonscrit plutôt la gamme des sites disponibles pour une telle construction, dans le contexte d'un exercice du pouvoir de Châteauguay

of its territory and protect the health and well-being of its residents, which are legitimate municipal purposes.

[106] In my view, this more nuanced understanding of the effects of the notice of a reserve is in line with a more flexible conception of the pith and substance doctrine that is more consistent with the guiding principles discussed above. I think it would be prudent to approach the application of this doctrine in this way. An overly narrow understanding of the consequences of the measure that is limited to an examination of just one of its effects could lead to the premature conclusion that the measure applies only to the matter so affected, that is, to the siting of radiocommunication towers. By contrast, undertaking the analysis by way of an approach that takes into account the various effects of the notice on Châteauguay's ability to manage its territory in accordance with its citizens' expectations favours a more accurate understanding of the matter to which this notice actually applies.

[107] I would add that the effects of a measure must be considered in conjunction with its purpose, not in isolation from that purpose (*Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at paras. 17-18; *Reference re Firearms Act*, at paras. 16-18; Hogg, at p. 15-14). A flexible, non-technical approach to the pith and substance analysis involves a recognition that the purpose of the measure can indeed reveal its dominant characteristic and help in identifying the matter (*Morgentaler*, at pp. 481-82). This approach to the pith and substance analysis has led the Court to find measures to be constitutionally valid that would otherwise have been found, if viewed solely from the perspective of their effects, to regulate activities falling under a prohibited head of power.

[108] In *Spraytech*, L'Heureux-Dubé J. noted that the impugned by-law "responded to concerns of [the Town's] residents about alleged health risks caused by non-essential uses of pesticides within Town limits" (para. 27). Thus, there was a legitimate municipal purpose that rendered the adoption of the by-law valid. The purpose pursued in adopting the impugned measure was as important

d'aménager son territoire et de veiller au bien-être et à la santé de ses résidents, des objectifs municipaux légitimes.

[106] À mon avis, cette vision plus nuancée des effets de l'avis de réserve s'inscrit dans une conception plus souple de la doctrine du caractère véritable qui concorde mieux avec les principes directeurs déjà énoncés. Il me semble prudent d'approcher l'application de cette doctrine de cette façon. Une vision trop étroite des conséquences de la mesure qui se limite à l'examen d'un seul de ses effets peut mener à la conclusion hâtive que la mesure ne vise que la matière ainsi affectée, en l'occurrence l'emplacement des tours de radiocommunication. À l'opposé, entreprendre l'examen avec une approche qui tient compte des divers effets de l'avis de réserve sur la capacité de Châteauguay de gérer son territoire en fonction des attentes de ses citoyens favorise une conception plus juste de la matière réellement visée par cet avis.

[107] J'ajouterai que les effets d'une mesure doivent être considérés en conjonction avec son objet plutôt qu'en isolation de ce dernier (*Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 17-18; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 16-18; Hogg, p. 15-14). Un examen souple et non formaliste du caractère véritable reconnaît que l'objet de la mesure peut effectivement révéler sa caractéristique dominante et mieux expliquer la matière concernée (*Morgentaler*, p. 481-482). En appliquant cette façon d'analyser le caractère véritable, la Cour a confirmé la validité constitutionnelle de mesures qui, si vues uniquement sous l'angle de leurs effets, auraient réglementé un champ de compétence par ailleurs prohibé.

[108] Dans *Spraytech*, la juge L'Heureux-Dubé remarque que le règlement attaqué « répondait aux craintes [des] résidants au sujet des risques que pourrait présenter pour la santé l'usage non essentiel de pesticides dans les limites de la Ville » (par. 27). Il y avait donc un objet municipal légitime qui validait l'adoption du règlement. L'objectif sous-tendant l'adoption de la mesure attaquée

to the identification of the matter as the effects of the measure, if not more determinative than them. Similarly, in *Ward*, the Court, in considering the characterization of the matter of federal regulations that prohibited the sale of certain seals, relied on the conclusions of the trial judge, who had found that even though the regulation prohibited the sale of seals (regulation of commerce in the provinces), its purpose was to prevent the harvesting of the seals in question (regulation of fisheries) (para. 20). To justify the Court's decision to rely on this finding of fact by the trial judge, McLachlin C.J. stated that "[t]he question is not whether the *Regulations* prohibit the sale so much as why it is prohibited" (para. 19 (emphasis in original)). The reasons behind the regulations, that is, their purpose, were such that the dominant characteristic of the legislative measure was a matter coming under a federal head of power.

[109] I find that the same principle applies in this appeal. The fact that the municipal measure affects a federal head of power does not on its own explain why the action was taken. However, the evidence in the record does clearly show what motivated it. The reasons for the measure appear to me to outweigh its effects. Thus, if the resolution's purposes and effects are considered as a whole in a comprehensive analysis of the pith and substance, the purposes that were pursued and achieved in establishing the land reserve were to ensure the harmonious development of the territory of Châteauguay, to allay its residents' concerns and to protect their health and well-being, despite the fact that there was clearly an effect on the siting of Rogers' radiocommunication tower.

[110] This approach to the determination of the measure's pith and substance tends to support a finding that the actions of the governments at both levels are valid and to favour the key principles underlying the division of powers, including subsidiarity and co-operative federalism. Furthermore, the *Circular* shows that the federal government was aware of the need for co-operation between the two levels of government on certain aspects of the

était aussi important sinon plus déterminant de sa matière que ne l'étaient les effets de la mesure. De même, dans *Ward*, la Cour s'est penchée sur la caractérisation de la matière traitée par un règlement fédéral interdisant la vente de certains phoques. La Cour s'en est remise aux conclusions du juge de première instance qui a constaté que, même si le règlement interdisait la vente des phoques (réglementation du commerce au sein des provinces), son objet était d'en empêcher la capture (réglementation des pêcheries) (par. 20). En justifiant la décision de la Cour de se fonder sur cette conclusion factuelle du juge d'instance, la juge en chef McLachlin a indiqué que « [l]a question n'est pas tant de savoir si le *Règlement* interdit la vente que de savoir pourquoi celle-ci est interdite » (par. 19 (soulignements dans l'original)). La motivation sous-tendant le règlement, soit son objet, a fait en sorte que la caractéristique dominante de la mesure législative se voulait une matière relevant d'un champ de compétence fédéral.

[109] Je considère qu'il en est de même dans le présent pourvoi. Le simple fait que la mesure municipale affecte un champ de compétence fédéral ne nous dit pas pourquoi le geste est entrepris. Or, la preuve retenue cerne bien cette motivation. Elle m'apparaît dominante par rapport aux effets de la mesure. Aussi, lorsque l'on considère l'objet et les effets de la résolution dans leur ensemble dans une analyse globale du caractère véritable, le but recherché et obtenu par l'imposition de la réserve foncière reste l'aménagement harmonieux du territoire de Châteauguay, l'apaisement des inquiétudes de ses résidents et la protection de leur santé et de leur bien-être, malgré l'existence d'un effet certain sur l'emplacement de la tour de radiocommunication de Rogers.

[110] L'adoption d'une approche semblable dans la détermination du caractère véritable permet de favoriser la validité des gestes des deux ordres de gouvernement et de promouvoir des principes clés sous-tendant le partage des compétences, tels la subsidiarité et le fédéralisme coopératif. La *Circulaire* montre d'ailleurs que le gouvernement fédéral est conscient de la nécessité d'une coopération entre les deux paliers de gouvernement dans certains aspects

development of the telecommunications network across the country. The required consultation between spectrum licence holders and municipalities is indicative of a recognition that the siting of radiocommunication towers largely affects local matters. If for no other reason than to respect Parliament's legislative choice to require collaboration in the process for determining where to locate radiocommunication equipment, it seems to me that it would be appropriate to adopt an analytical approach that favours co-operation between municipalities and businesses rather than one that risks making such co-operation difficult or impossible.

[111] In this respect, paras. 54 and 55 of my colleagues' reasons illustrate the risks of adopting an overly narrow characterization of the matter of an impugned provincial or municipal measure. As my colleagues observe, there may well be situations in which a spectrum licence holder, which has no powers of expropriation, must count on a municipality to exercise its own powers of expropriation in order to gain access to property that is suitable for a radiocommunication tower. No doubt aware of the consequences of an overly narrow characterization of the matter of such a measure, my colleagues suggest that if a municipality were to exercise its power in order to facilitate or support rather than preventing or blocking the installation of a tower, it would be acting in the context of the development of its territory. In such a case, choosing or determining where to locate the tower would be neither the purpose nor the effect of the expropriation.

[112] I find the distinction unconvincing, and the example that is given revealing. According to the view of the pith and substance doctrine advocated by my colleagues, a measure whose purpose is, or that affects, the choice of location or the siting of an antenna system constitutes an exercise of the exclusive federal power over radiocommunication. But in the example they give, the very purpose and the determinative effect of the expropriation would be to make a location available to the spectrum licence holder by removing an obstacle that prevents the construction of a radiocommunication tower at the

du développement du réseau de télécommunications à travers le pays. L'exigence de consultation entre les détenteurs de licences de spectre et les municipalités marque une reconnaissance que l'emplacement des tours de radiocommunication touche en large partie à des matières locales. Ne serait-ce que par souci de respecter ce choix législatif fédéral d'imposer une collaboration sur le processus de la détermination de l'emplacement des appareils de radiocommunication, il me semble à propos de suivre une approche analytique qui favorise la coopération entre les municipalités et les entreprises, plutôt qu'une qui risque de la rendre difficile ou impossible.

[111] À ce chapitre, les par. 54 et 55 des motifs de mes collègues font ressortir les risques d'une caractérisation trop étroite de la matière visée par une mesure provinciale ou municipale qui est contestée. Comme mes collègues le constatent, il pourrait fort bien survenir des situations où un détenteur de licence de spectre, qui ne possède aucun pouvoir d'expropriation, doive compter sur l'exercice par la municipalité de ses propres pouvoirs à cet égard afin d'obtenir accès à un terrain propice pour l'installation d'une tour de radiocommunication. Sans doute conscients des conséquences d'une vision trop étroite de la qualification de la matière lors de l'adoption d'une telle mesure, mes collègues suggèrent que si une municipalité exerce son pouvoir pour faciliter ou soutenir l'installation d'une tour plutôt que pour l'empêcher ou la bloquer, elle agirait alors dans une perspective d'aménagement de son territoire. Dans ce cas, la mesure d'expropriation n'aurait pas pour objet ou effet de choisir ou déterminer l'emplacement de la tour.

[112] Je considère la distinction peu convaincante et l'exemple donné, révélateur. Selon la vision de la doctrine du caractère véritable que mes collègues préconisent, lorsque la mesure vise ou affecte le choix ou la détermination de l'emplacement du système d'antennes, cela constitue l'exercice de la compétence fédérale exclusive en radiocommunication. Or, dans l'exemple donné, l'objet même et l'effet déterminant de l'expropriation seraient de rendre un emplacement disponible au détenteur de licence de spectre en enlevant l'obstacle qui empêche la construction d'une tour de radiocommunication à

chosen location. If, as in this case, the municipality's purpose (which could very well be to ensure the development of its territory or to respond to its residents' wish to limit the impact on their well-being) is disregarded, we cannot help but note that on the basis of the nature of the measure that is essential to the crystallization of the location chosen for the antenna system, its matter therefore falls under a federal head of power. In my humble opinion, if the matter of the measure is thus considered to be limited to the choice of location or the siting of antenna systems, it does not change depending on whether the measure has a positive effect (in supporting the choice) or a negative effect (in blocking the choice) on the exercise of the federal power.

[113] Accordingly, in a context in which the matter of the impugned measure has a central aspect that is linked to a provincial power, as in this case, I find that it is more appropriate to resolve the difficulties that arise by applying other constitutional doctrines. From this viewpoint, in contrast to an excessively rigid application of the pith and substance doctrine, the application of the doctrine of interjurisdictional immunity allows for greater flexibility, as it permits the impugned measure to affect a federal power so long as it does not impair the core of the power. Although I agree with my colleagues that the application of the doctrine of interjurisdictional immunity leads to the conclusion that the notice of a reserve impairs the core of the federal power, the fact remains that there will be other situations, such as the one my colleagues mention at paras. 54 and 55 of their reasons, in which this is not necessarily the case.

[114] Even though they find that the notice of a reserve relates in pith and substance to a federal power and is therefore invalid, my colleagues nevertheless deem it necessary to devote just as much attention to the doctrine of interjurisdictional immunity, concluding that even if the notice were *intra vires*, it would nonetheless be inapplicable by virtue of this doctrine. This seems to me to show clearly that the pith and substance doctrine alone does not provide a complete and satisfactory solution to the problem raised in this appeal.

l'endroit choisi. Si l'on ignore, comme en l'espèce, l'objectif visé par la municipalité (qui pourrait bien être l'aménagement de son territoire ou une réponse aux souhaits de ses résidents de limiter les impacts sur leur bien-être), nous sommes forcés de constater qu'en raison de la teneur de la mesure qui est essentielle pour cristalliser l'emplacement choisi du système d'antennes, sa matière relève alors d'un champ de compétence fédéral. À mon humble avis, si la matière de la mesure est ainsi vue comme se limitant au choix ou à la détermination de l'emplacement des systèmes d'antennes, cette matière ne change pas selon que la mesure est utile (pour soutenir ce choix) ou nuisible (pour bloquer ce choix) à la compétence fédérale.

[113] Partant, dans un contexte où la matière de la mesure contestée comporte un aspect central qui se rattache à une compétence provinciale comme c'est le cas ici, j'estime plus à propos de résoudre les difficultés qui se soulèvent par l'application d'autres doctrines constitutionnelles. De ce point de vue, à la différence d'une application trop rigide de la doctrine du caractère véritable, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences laisse une plus grande marge de manœuvre, car elle permet à la mesure contestée de toucher à un champ de compétence fédéral en autant qu'elle n'en entrave pas le cœur. Même si je conviens avec mes collègues que l'application de cette doctrine mène à la conclusion que l'avis de réserve entrave le cœur de la compétence fédérale, il n'en reste pas moins que dans d'autres situations, tel que l'exemple cité aux par. 54 et 55 des motifs de mes collègues, ce ne sera pas nécessairement le cas.

[114] Après avoir déterminé que le caractère véritable de l'avis de réserve est de compétence fédérale, et donc invalide, mes collègues jugent d'ailleurs nécessaire de néanmoins consacrer autant d'attention à l'analyse de la doctrine de l'exclusivité des compétences pour conclure que, même si l'avis de réserve était *intra vires*, il serait toutefois inapplicable en vertu de cette doctrine. Cela me semble bien démontrer que la seule considération de la doctrine du caractère véritable ne fournit pas une solution complète et satisfaisante au problème que soulève le présent pourvoi.

[115] In any event, even if we were to conclude that the notice of a reserve has characteristics relating to matters that come under both federal and provincial powers, the measure would then at most have a double aspect. The double aspect doctrine applies most often in situations in which a measure relates to a matter that can be linked to two distinct heads of power at the same time (see *Multiple Access Ltd.*; *CWB*, at para. 30). However, as the Privy Council stated in *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, "subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91" (p. 130). Professor Hogg finds that the Privy Council's analysis in this regard contemplated the possibility of a legislative measure having two distinct matters, each falling under a distinct head of power. In his view, "it would perhaps be clearer if [the doctrine] had become known as the 'double matter' doctrine, because it acknowledges that some kinds of laws have both a federal and a provincial 'matter' and are therefore competent to both the Dominion and the provinces" (p. 15-12). This proposition would apply where, depending on the perspective from which a measure is viewed, it relates to matters that fall under different heads of power while remaining indissociable and interdependent in the operation of the measure, to the point that it is impossible to determine which matter is dominant (Lederman, at p. 244).

[116] At a minimum, it seems to me that the notice of a reserve corresponds to this very understanding of the double aspect doctrine. The notice can be characterized in a number of ways. Its purposes are to protect the health and well-being of Châteauguay's residents and to ensure the development of the City's territory, which are matters that fall under provincial heads of power. It can also be seen to have as its purpose the siting of antenna systems, a matter that relates to the federal power over radiocommunication. In my opinion, a finding that these matters are equal and interdependent, together with a desire to act in accordance with the principles of subsidiarity and co-operative federalism, would be more appropriate and would support the conclusion that an act carried out for a legitimate municipal

[115] À tous égards, même si l'on devait conclure que l'avis de réserve est caractéristique de matières qui relèvent à la fois des compétences provinciale et fédérale, la mesure comporterait alors au mieux un double aspect. La théorie du double aspect s'applique le plus souvent à des situations où une mesure touche à une matière qui peut être rattachée à la fois à deux champs de compétence distincts (voir *Multiple Access Ltd.*; *BCO*, par. 30). Dans *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117, le Conseil privé précise toutefois que [TRADUCTION] « des matières qui, sous un aspect donné et pour un objet précis, relèvent de l'art. 92 peuvent, sous un autre aspect et pour un objet différent, relever de l'art. 91 » (p. 130). Selon le professeur Hogg, cette analyse du Conseil privé envisage la possibilité qu'une mesure législative comporte deux matières distinctes, chacune tombant sous un chef de compétence distinct. Il indique que [TRADUCTION] « [la doctrine] serait peut-être plus claire si elle s'appelait doctrine de la "double matière", car elle reconnaît que certains types de lois comportent à la fois une "matière" fédérale et une "matière" provinciale et relèvent donc tant de la compétence du Dominion que de celle des provinces » (p. 15-12). Cette proposition s'appliquerait dans un cas où, selon la perspective adoptée, une mesure comporte des matières qui relèvent de chefs de compétence différents tout en demeurant indissociables et interdépendantes dans l'opération de la mesure, si bien qu'il est impossible de déterminer quelle matière domine (Lederman, p. 244).

[116] Minimalement, il me semble que l'avis de réserve correspond précisément à ce cas de figure de double aspect. L'avis peut se qualifier de plusieurs manières. Il vise la protection de la santé et du bien-être des citoyens et l'aménagement du territoire de Châteauguay, matières qui relèvent des champs de compétence provinciaux. Il peut également être vu comme visant l'emplacement des systèmes d'antennes, matière qui relève de la compétence fédérale en radiocommunication. Une reconnaissance de l'égalité et de l'interdépendance entre ces matières, associée à un souci de respecter la subsidiarité et le fédéralisme coopératif, est à mon sens plus appropriée et permet de valider le geste accompli pour une fin municipale légitime. Cela est conforme à la caractérisation du double aspect que le professeur

purpose is valid. This would be consistent with Professor Hogg's characterization of the double aspect doctrine as "the course of judicial restraint" (p. 15-13).

[117] On this point, I find that my colleagues are mistaken in their critique of the double aspect doctrine in the instant case (para. 50). What is in issue is not whether the choice of location or the siting of an antenna system has a double aspect, but whether the impugned measure has an aspect other than the choice of location or the siting of that system in light of what characterizes the measure.

B. *Doctrine of Interjurisdictional Immunity*

[118] This being said, although I consider the notice of a reserve to be *intra vires* the City, I agree with my colleagues on the application of the doctrine of interjurisdictional immunity in this case. In my opinion, it is on the basis of this doctrine that Rogers' appeal must be allowed.

[119] Parliament has exclusive jurisdiction to make laws in relation to radiocommunication (ss. 91 (residuary power to make laws for peace, order and good government) and 92(10)(*a*) of the *Constitution Act, 1867*; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. v. Canadian Radio-Television Commission*, [1978] 2 S.C.R. 141). Although this Court has limited the application of the doctrine of interjurisdictional immunity (*CWB*, at para. 67), this doctrine has nonetheless not been eliminated from the Canadian legal landscape (*Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 ("*COPA*"), at para. 58; *Bank of Montreal v. Marcotte*, 2014 SCC 55, [2014] 2 S.C.R. 725, at para. 63). In fact, the Court applied it in *COPA*. It is settled law that interjurisdictional immunity applies even where a measure has a double aspect (*COPA*, at paras. 55-60). If the existence of a double aspect leads to the conclusion that a measure is valid on the basis of the pith and substance doctrine, the measure may nevertheless have prohibited effects on the core of a power of the other level of government (*COPA*, at para. 57).

Hogg décrit comme correspondant à [TRADUCTION] « ce qui balise l'exercice de la retenue judiciaire » (p. 15-13).

[117] Sur ce point, j'estime que mes collègues se méprennent dans leur critique de la théorie du double aspect en l'espèce (par. 50). Il ne s'agit pas de reconnaître un double aspect au choix ou à la détermination de l'emplacement d'un système d'antennes. Il s'agit de reconnaître à la mesure contestée un aspect autre que ces seuls choix ou détermination compte tenu de ce qui caractérise cette mesure.

B. *La doctrine de l'exclusivité des compétences*

[118] Cela dit, même si je considère l'avis de réserve *intra vires* des pouvoirs de la Ville, je partage l'avis de mes collègues sur l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences en l'espèce. C'est en vertu de cette doctrine qu'il faut selon moi accueillir l'appel de Rogers.

[119] Le Parlement a compétence exclusive pour légiférer en matière de radiocommunications (art. 91 (pouvoir résiduaire de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement) et al. 92(10)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141). Bien que notre Cour ait restreint l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences (*BCO*, par. 67), cette doctrine n'est pas éliminée du paysage juridique canadien pour autant (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 (« *COPA* »), par. 58; *Banque de Montréal c. Marcotte*, 2014 CSC 55, [2014] 2 R.C.S. 725, par. 63). La Cour l'a d'ailleurs appliquée dans *COPA*. Il est acquis qu'elle trouve application même lorsqu'une mesure présente un double aspect (*COPA*, par. 55-60). Si cette théorie permet de conclure à la validité d'une mesure suivant la doctrine du caractère véritable, cette mesure peut néanmoins avoir des effets interdits sur le cœur d'une compétence de l'autre ordre de gouvernement (*COPA*, par. 57).

[120] I agree with my colleagues that the doctrine of interjurisdictional immunity applies in the case at bar. The notice of a reserve intrudes on the core of the federal power. My colleagues are right that there is a precedent to the effect that the siting of radiocommunication towers is part of the core of the federal power over telecommunications and radiocommunication (*Toronto Corporation v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, at p. 57; *CWB*, at paras. 40 and 57). The siting of radiocommunication towers goes hand in hand with the federal government's responsibility to ensure the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada.

[121] The measure's intrusion on the core of the power is significant and amounts to an impairment. My colleagues base the impairment on the time during which the notice of a reserve was to be in effect, that is, two consecutive two-year periods. In my opinion, the impairment existed as of the time when the effect of the notice is found to have prevented Rogers from installing its radiocommunication tower on the available site that had been formally approved by the Minister of Industry, given that the federal legislation and the *Circular* both give the Minister the last word as regards the siting of radiocommunication systems in Canada. Such an obstacle has undesirable and extremely harmful consequences on the orderly development and efficient operation of radiocommunication insofar as Rogers' activities are concerned.

[122] It follows that by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity, the impugned measure is inapplicable to Rogers. On the disposition of the appeal, I refer to my colleagues' reasons, as I agree with them in this regard.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent the City of Châteauguay: Dunton Rainville, Montréal.

[120] Je suis d'accord avec mes collègues que la doctrine de l'exclusivité des compétences s'applique ici. L'avis de réserve empiète sur le cœur de la compétence fédérale. Mes collègues soulignent à raison qu'un précédent établit que l'emplacement des tours de radiocommunication fait partie du cœur de la compétence fédérale en matière de télécommunications et radiocommunications (*Toronto Corporation c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1905] A.C. 52, p. 57; *BCO*, par. 40 et 57). La détermination de l'emplacement des tours de radiocommunication va de pair avec la responsabilité du gouvernement fédéral d'assurer le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada.

[121] L'empiétement de la mesure sur le cœur de la compétence est important et constitue une entrave. Mes collègues font reposer cette entrave sur la période de temps pendant laquelle l'avis de réserve devait être en vigueur, soit deux périodes de deux ans consécutives. À mon avis, l'entrave existe du moment où il est établi que l'effet de l'avis de réserve empêche Rogers d'installer sa tour de radiocommunication sur le site disponible formellement approuvé par le ministre de l'Industrie, alors que la loi fédérale et la *Circulaire* lui confèrent en définitive le dernier mot en matière d'emplacement de systèmes de radiocommunications au Canada. Ce faisant, un tel empêchement a des conséquences fâcheuses et fortement préjudiciables sur le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication pour autant que les activités de Rogers sont concernées.

[122] Il s'ensuit qu'en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences, la mesure contestée est inapplicable à Rogers. Je m'en remets aux motifs de mes collègues pour le dispositif du pourvoi auquel je souscris.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : Torys, Toronto; Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Ville de Châteauguay : Dunton Rainville, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Federation of Canadian Municipalities, Ottawa.

Solicitor for the intervener the City of Toronto: City of Toronto, Toronto.

Solicitors for the interveners Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. and Vidéotron s.e.n.c.: Prévost Fortin D'Aoust, Boisbriand, Quebec; TELUS Communications, Ottawa; Beaudin & Associés, Verdun, Quebec; Quebecor Media, Montréal.

Solicitors for the intervener Union des municipalités du Québec: LeChasseur avocats, Montréal.

Procureurs de l'intimée la procureure générale du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Fédération canadienne des municipalités, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Ville de Toronto : Ville de Toronto, Toronto.

Procureurs des intervenantes Bell Mobilité Inc., TELUS Communications Inc. et Vidéotron s.e.n.c. : Prévost Fortin D'Aoust, Boisbriand, Québec; TELUS Communications, Ottawa; Beaudin & Associés, Verdun, Québec; Québecor Média, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Québec : LeChasseur avocats, Montréal.

Ali Hassan Saeed *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Association of Chiefs of Police and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Ali Hassan Saeed *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, Association canadienne des chefs de police et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

Indexed as: R. *v.* Saeed

2016 SCC 24

File No.: 36328.

2015: December 1; 2016: June 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : R. *c.* Saeed

2016 CSC 24

N° du greffe : 36328.

2015 : 1er décembre; 2016 : 23 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Search incident to arrest — Accused arrested in connection with sexual assault — Police have reasonable grounds to believe complainant's DNA is present on accused's penis — Police seek penile swab from accused — Accused complies in privacy of police cell — Police do not attempt to obtain warrant — Complainant's DNA detected on swab and introduced as evidence at trial — Whether common law power of search incident to arrest authorizes penile swabs — Whether swab was unreasonable and contrary to accused's right to be secure against unreasonable search or seizure — If so, whether evidence discovered in search should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Fouille accessoire à l'arrestation — Accusé arrêté relativement à une agression sexuelle — Policiers disposant de motifs raisonnables de croire que l'ADN de la plaignante se trouve sur le pénis de l'accusé — Prélèvement par écouvillonnage du pénis de l'accusé sollicité par les policiers — Accusé se soumettant à la procédure dans l'intimité d'une cellule du poste de police — Aucune tentative des policiers d'obtenir un mandat — ADN de la plaignante détecté dans l'échantillon prélevé et produit en preuve au procès — Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law autorise-t-il les prélèvements par écouvillonnage du pénis? — Le prélèvement effectué en l'espèce était-il abusif et contraire au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve découverts lors de la fouille doivent-ils être écartés? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Around 4:00 a.m. on May 22, 2011, the complainant was viciously attacked and sexually assaulted. At 6:05 a.m., the accused was arrested and was advised of

Vers 4 h du matin le 22 mai 2011, la plaignante a été attaquée brutalement et agressée sexuellement. À 6 h 05, l'accusé a été arrêté et informé de son droit à l'assistance

his right to counsel. He was mistakenly released and re-arrested at 8:35 a.m. Based on the complainant's allegations, the supervising police officer felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's DNA would still be found on the accused's penis and a penile swab should be taken. The penile swab could not be taken immediately. Around 9:30 a.m., the accused was handcuffed to a wall in a cell with no toilet or running water to preserve the evidence. He spent about 30 to 40 minutes handcuffed in the dry cell. The supervising officer did not seek a warrant for the swab, because in his view, the swab was a valid search incident to arrest. The swab took place at around 10:45 a.m. before two male officers who blocked the cell's window with their bodies. The police permitted the accused to conduct the swab. The accused pulled his pants down and wiped a cotton-tipped swab along the length of his penis and around the head. The swab was tested and revealed the complainant's DNA.

At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The accused challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The trial judge ruled that the penile swab violated the accused's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. However, she admitted the DNA evidence under s. 24(2) of the *Charter* and relied on it to convict the accused of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal. The majority held that taking the swab violated s. 8 of the *Charter* but the evidence was admissible under s. 24(2). McDonald J.A., concurring in the result, held that s. 8 was not violated.

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

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The accused's s. 8 *Charter* rights were not breached and the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted.

To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*: (1) a search must be authorized by law; (2) the

d'un avocat. Il a par erreur été remis en liberté puis arrêté de nouveau à 8 h 35. Eu égard aux allégations de la plaignante, l'agent superviseur a estimé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'ADN de celle-ci se trouvait toujours sur le pénis de l'accusé et qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis devait être effectué. Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement. Vers 9 h 30, l'accusé a été menotté à un mur dans une cellule sans toilettes ni eau courante afin de préserver la preuve. Il a passé environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. L'agent superviseur n'a pas sollicité de mandat pour procéder au prélèvement proposé, parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45 en présence de deux agents de sexe masculin qui se sont placés de façon à bloquer toute vue par la fenêtre de la cellule. Les policiers ont permis à l'accusé d'effectuer le prélèvement. Ce dernier a baissé son pantalon et a passé un écouvillon sur toute la longueur de son pénis et autour du gland. Le prélèvement a été analysé et a révélé la présence de l'ADN de la plaignante.

Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. L'accusé a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. La juge du procès a statué que pareil prélèvement violait le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, elle a permis l'utilisation de la preuve génétique en application du par. 24(2) de la *Charte* et s'est fondée sur celle-ci pour déclarer l'accusé coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé. Les juges majoritaires ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*, mais que la preuve obtenue pouvait être utilisée en vertu du par. 24(2). Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits garantis par l'art. 8 n'avaient pas été violés.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté et Brown : Les droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés et les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit.

Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter

authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably. Determining whether the common law power of search incident to arrest may reasonably authorize a penile swab involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant. This case falls into the second category.

A penile swab does not fall within the scope of *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. Accused persons do not have a significant privacy interest in a complainant's DNA. Second, a penile swab is in some ways less invasive than taking dental impressions and the forcible taking of parts of a person. Third, unlike with the accused's bodily materials or impressions, evidence of the complainant's DNA degrades over time. In sum, a penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused's bodily samples and impressions.

The common law power of search incident to arrest must be delineated in a way that is consistent with s. 8 of the *Charter*. There can be no doubt that requiring a penile swab is an intrusion on an accused's privacy. A penile swab has the potential to be a humiliating, degrading and traumatic experience. On the other side of the ledger, it can serve important law enforcement objectives.

trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive. Pour décider si le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law peut raisonnablement autoriser un prélèvement par écouvillonnage du pénis, il faut déterminer si un juste équilibre peut être établi entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*. La présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne relève pas du champ d'application de l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. Les accusés n'ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l'égard de l'ADN des plaignants. Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d'empreintes dentaires et que le prélèvement de force de parties du corps d'une personne. Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l'accusé, la preuve démontrant la présence de l'ADN du plaignant se dégrade avec le temps. En résumé, le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d'application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d'échantillons corporels et d'empreintes de l'accusé.

Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être délimité d'une manière compatible avec l'art. 8 de la *Charte*. Contraindre un accusé à se soumettre à un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. Pareil prélèvement peut représenter une expérience humiliante, avilissante et traumatisante. En

It can enable the police to preserve important evidence that runs the risk of degrading or being destroyed. Sexual assaults are notoriously difficult to prove and this type of evidence is highly reliable. A penile swab can be crucial in the case of complainants who are unable to testify. The privacy interests at issue are similar to those implicated in strip searches and they can be protected by a similar approach. As with strip searches, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner. The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. These two modifications to the common law power of search incident to arrest ensure that it is *Charter*-compliant.

The police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested. The reasonable grounds standard will prevent unjustified searches before they occur and will hold the police to a higher level of justification before they can take a penile swab. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context.

The swab must also be conducted in a reasonable manner. The following factors will guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably. A swab should, as a general rule, be conducted at the police station. It should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved. It should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure, its purpose and the authority of the police to require the swab. The accused should be given the

revanche, il peut permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi. Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants qui risquent de se dégrader ou d'être détruits. Prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile et de tels éléments de preuve sont très fiables. Un prélèvement par écouvillonnage du pénis peut avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner. Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Comme c'est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent, ainsi qu'un moyen de s'assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d'une manière non abusive. La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d'effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. Ces deux modifications au pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte*.

Il est loisible aux policiers de procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. La norme des motifs raisonnables permettra de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et assujettira les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu'ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constituera toujours une préoccupation dans un tel contexte.

Le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit également être effectué d'une manière non abusive. Les facteurs suivants aideront les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation. Le prélèvement devrait, en règle générale, être effectué au poste de police. Il devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu. Il devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé

option of removing his clothing and taking the swab himself or the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary. The officers carrying out the swab should be of the same gender as the accused unless the circumstances compel otherwise. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances. The swab should be carried out in a private area. It should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

In light of these requirements, the penile swab in this case did not violate the accused's rights under s. 8 of the *Charter*. The accused was validly arrested. The swab was performed to preserve evidence of the sexual assault. The police had reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to the accused's penis during the assault and that it would still be found on his penis. The swab was performed in a reasonable manner. The police officers were sensitive to the need to preserve the accused's privacy and dignity. The accused was informed in advance of the procedure for taking the swab and its purpose. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. The accused took the swab himself. There was no physical contact between the officers and the accused. The officers took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab. The swab did not fundamentally violate the accused's human dignity.

Per Karakatsanis J.: How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. Given the profound impact that a genital swab can have on an individual's privacy and human dignity, the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from the accused was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*. However, in the exceptional circumstances of this case, the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

de la nature de la procédure applicable, du but du prélèvement et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement lui-même, ou le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire. Les agents chargés du prélèvement devraient être du même sexe que l'accusé, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé. Il devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d'exécution du prélèvement devrait être dressé.

À la lumière de ces exigences, le prélèvement par écouvillonnage du pénis en l'espèce n'a pas porté atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 8 de la *Charte*. L'accusé a été validement arrêté. Le prélèvement visait à préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle. Les policiers possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de l'accusé durant l'agression, et qu'il s'y trouverait encore. Le prélèvement a été effectué de manière non abusive. Les policiers ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de l'accusé. L'accusé a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. L'accusé l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et l'accusé. Les policiers ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir. Le prélèvement n'a pas violé de manière fondamentale la dignité humaine de l'accusé.

La juge Karakatsanis : La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. Étant donné l'impact profond qu'un prélèvement par écouvillonnage génital peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law n'autorise pas les policiers à prélever des échantillons au moyen de cette procédure. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de l'accusé n'était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Section 8 of the *Charter* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. The common law power to search an individual incident to arrest must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles. Some kinds of searches fall outside the scope of the common law power because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime.

The principles animating *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, suggest that it would not be a reasonable balancing of the competing individual and state interests for the common law to authorize genital swabs. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing. One cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies. Moreover, although the purpose of a genital swab may be to search for residue deposited on the individual's genitals, an effect of the seizure is to put the individual's DNA in the hands of the state, available for undetermined potential future use.

Turning to society's interests in effective law enforcement, genital swabs can advance compelling state interests. Sexual assault is a very serious offence. It is notoriously difficult to prove. A search for the victim's DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence. However, the state interests are no more compelling here than they were in *Stillman*. Further, as in *Stillman*, it is not clear in this case whether there is any other lawful means to conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available for genital swabs. If no warrant is available, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Finally, the troubling compromise of an individual's dignity during detention in a dry cell cannot be used to justify the greater affront to dignity

L'article 8 de la *Charte* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Le pouvoir de common law de fouiller une personne accessoirement à son arrestation doit évoluer d'une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*. Certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, tendent à indiquer que le fait d'autoriser les prélèvements par écouvillonnage génital en vertu de la common law ne permettrait pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'individu et de l'État. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants. On ne peut procéder à pareil prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la région la plus intime de son corps — en présence d'autres personnes. Il est difficile d'imaginer intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l'égard de son corps. De plus, bien que l'objectif d'un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de résidus déposés sur les organes génitaux de l'individu qui y est soumis, l'un des effets d'une telle saisie est de mettre l'ADN de ce dernier entre les mains de l'État, qui, de ce fait, peut l'utiliser de façon indéterminée dans le futur.

Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l'État. L'agression sexuelle constitue une infraction très grave. Elle est notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l'ADN de la victime sur les organes génitaux de l'accusé peut permettre d'obtenir des éléments de preuve matériels très probants. Cependant, les intérêts de l'État ne sont pas plus impérieux dans la présente affaire qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. De plus, tout comme dans cet arrêt, on ne saurait dire avec certitude en l'espèce s'il existe d'autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu'il n'existe pas de mandat autorisant de façon évidente de tels prélèvements. L'absence de mandat permettant de procéder à de tels prélèvements ne signifie pas forcément

that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another.

Balancing the competing individual and state interests, it is not reasonable to permit the police to take warrantless genital swabs under the common law power of search incident to arrest.

Recognizing that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs, the majority proposes a heightened threshold test for this specific search incident to arrest: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence. Additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. A specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. Moreover, defining the threshold requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament.

In the exceptional circumstances of this case, the trial judge's decision to admit the evidence should be upheld. In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider the accused's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no actual bad faith on the part of the police. Where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is less serious. The impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused's bodily privacy. Finally, society's interest in the adjudication of the case on its merits weighs in favour of admission. The DNA evidence was

que la common law peut favoriser les intérêts de l'État en autorisant les policiers à prélever ce type d'échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d'un mandat. Enfin, on ne peut invoquer l'atteinte préoccupante à la dignité de la personne que constitue la détention dans une cellule sèche pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre.

Il ressort de la mise en balance des intérêts opposés de l'individu et de l'État qu'il n'est pas raisonnable d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law.

Reconnaissant que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital, les juges majoritaires proposent de resserrer le critère préliminaire applicable à ce type particulier de fouille accessoire à une arrestation : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction. Il vaut mieux éviter d'appliquer des exigences additionnelles à l'égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. L'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. De plus, la définition des exigences préliminaires applicables représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur.

Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus devrait être confirmée. Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à l'accusé et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu véritablement mauvaise foi de leur part. Lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est moins grave. L'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* était manifestement grave et milite contre l'utilisation de la preuve. Il n'y a aucun doute qu'il s'agissait d'une fouille très envahissante qui touchait à l'essence

reliable and probative. The evidence was very important in the Crown's case. The assault was particularly heinous and society has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Having regard to all the circumstances, on balance, the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

Per Abella J. (dissenting): The evidence should be excluded.

In determining whether evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*, three factors are to be balanced under *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353: the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct; the impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and the societal interest in adjudication on the merits. No factor is determinative or absolute.

The first factor engages its own continuum. The key is not so much whether the conduct fits within a compartment called "good faith" or "bad faith", but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*. As a police officer's disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the "bad faith" end of the spectrum. The police did not make any inquiry to determine whether a swab would be probative. The accused had ample opportunity to wash away the evidence and it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab. The police nonetheless chose the most invasive option. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were already articulated by this Court and the police must be taken to have been aware of them. The police are required to get prior judicial authorization yet there was no explanation for why they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant. There were no exigent circumstances. The only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence was a vague statement by one officer. Most significantly, it is by no means clear that a warrant was even legally available. There is no statutory authority for a warrant in these circumstances. The police officers failed to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on the accused's genitals. They handcuffed him to a pipe against a wall and deprived him of access to water or bathroom facilities. He was instructed to expose the most private

même de l'intimité physique de l'accusé. Enfin, l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond milite en faveur de l'utilisation de la preuve. La preuve génétique était fiable et probante. Cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. L'agression en cause était particulièrement odieuse et la société a un vif intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond. Tout bien considéré, eu égard à l'ensemble des circonstances, la juge du procès était justifiée de conclure que l'utilisation de la preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La juge Abella (dissidente) : La preuve devrait être écartée.

Pour décider si une preuve devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*, trois facteurs doivent être soupesés conformément à l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353 : la gravité de la conduite attentatoire de l'État; l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*; l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Aucun facteur n'est déterminant ou absolu.

Le premier facteur possède son propre continuum. Ce qui importe, ce n'est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu'ils respectaient la *Charte*. Plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s'approche de l'extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi ». Les policiers n'ont pas cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait susceptible d'avoir une valeur probante. L'accusé a eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant et il était impossible aux policiers de déterminer si un prélèvement par écouvillonnage génital était la source la plus susceptible de fournir une preuve génétique. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante. Les restrictions applicables à l'obtention d'échantillons corporels dans le cadre d'une fouille accessoire à l'arrestation ont déjà été énoncées par la Cour, et il faut tenir pour acquis que les policiers les connaissaient. Ceux-ci doivent obtenir une autorisation judiciaire préalable, mais aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle ils n'ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat. Il n'y avait pas de situation d'urgence. Le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve était une vague déclaration faite par l'un d'eux. Facteur plus important encore, il est loin d'être évident qu'il était même légalement possible d'obtenir un mandat. Rien dans la loi ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans

part of his body and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without consent and without prior judicial authorization. These circumstances fall at the opposite end of the "good faith" continuum.

The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused. This Court has found that the taking of hair, buccal and dental samples is the ultimate invasion of an individual's privacy and that strip searches are inherently humiliating and degrading regardless of the manner in which they are carried out. The impact of the genital swab on the accused's *Charter*-protected interests was therefore as profound as one can imagine. The invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether it is penetrative, painful or uncomfortable. A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from the most private area of his or her body.

The third *Grant* factor is society's interest in an adjudication on the merits. This factor is nuanced and multi-faceted. What is weighed is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case. The seriousness of the offence can point both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance is the long-term reputation of the justice system — the public has a vital interest in a justice system that is beyond reproach.

The reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The law is clear that judicial authorization is required to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police officers' unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even

de telles circonstances. Les policiers n'ont pas établi qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de l'accusé. Ils l'ont menotté à un tuyau contre un mur et privé d'eau et d'accès à des toilettes. On lui a ordonné d'exposer la partie la plus intime de son corps et d'y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans consentement et sans autorisation judiciaire préalable. Les circonstances de la présente espèce se situent à l'autre extrémité du continuum de la « bonne foi ».

La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l'arrêt *Grant* concerne l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*. La Cour a conclu que le fait de prendre des échantillons de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue l'atteinte la plus grave à la vie privée d'une personne, et que les fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, peu importe la manière dont elles sont effectuées. Par conséquent, on ne saurait imaginer d'impact plus profond sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* que celui causé par un prélèvement par écouvillonnage génital. L'atteinte à la dignité et à l'intégrité physique ne dépend pas de la question de savoir si la fouille nécessite l'introduction de quoi que ce soit dans le corps, si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu'elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit.

Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Grant* est l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit d'un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes. Les éléments suivants sont soupesés : la gravité de l'infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public. La gravité de l'infraction peut jouer autant en faveur de l'inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance; le public a un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable.

La considération reconnue au système de justice milite contre l'utilisation de la preuve. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles. L'omission non justifiée et inexpliquée des policiers de respecter cette exigence milite contre l'utilisation de la preuve, tout

available. The deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat. L'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652; *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361; *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **referred to:** *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657.

By Abella J. (dissenting)

R. v. Stillman, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, [2014] 2 S.C.R. 495; *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. v. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. v. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2e) 361; *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL); *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146; *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL); *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657.

Citée par la juge Abella (dissidente)

R. c. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *R. c. Taylor*, 2014 CSC 50, [2014] 2 R.C.S. 495; *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk*, 2010 BCCA 403, 292 B.C.A.C. 89; *R. c. Washington*, 2007 BCCA 540, 248 B.C.A.C. 65; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon*, 2012 BCCA 254, 93 C.R. (6th) 260; *R. c. Voong*, 2013 BCCA 527, 347 B.C.A.C. 278; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S.

28; *R. v. Harrison*, 2009 SCC 34, [2009] 2 S.C.R. 494; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis), S.C. 1995, c. 27, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(*b*), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 151, 272(1)(c), 487.01, 487.05, 487.06(1).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, ss. 62(1), (10), 63, 65.

Authors Cited

Madden, Mike. "Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada's Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*" (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229.
Milne, Justin. "Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?" (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373.
Paciocco, David M. "Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning" (2011), 58 *C.L.Q.* 15.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
Stewart, Hamish. "Section 24(2): Before and After *Grant*" (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Watson, McDonald and Bielby JJ.A.), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), affirming the accused's convictions for sexual assault causing bodily harm and sexual interference. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Peter J. Royal, *Q.C.*, and *Conor Davis*, for the appellant.

Maureen J. McGuire and *Melanie Hayes-Richards*, for the respondent.

Melissa Adams and *Susan Magotiaux*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

David Lynass and *Greg Preston*, for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police.

28; *R. c. Harrison*, 2009 CSC 34, [2009] 2 R.C.S. 494; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10*b*), 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 151, 272(1)c), 487.01, 487.05, 487.06(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médicolégales), L.C. 1995, c. 27, art. 1.
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, c. 60, art. 62(1), (10), 63, 65.

Doctrine et autres documents cités

Madden, Mike. « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada's Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229.
Milne, Justin. « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373.
Paciocco, David M. « Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
Stewart, Hamish. « Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Watson, McDonald et Bielby), 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219, 315 C.C.C. (3d) 127, 314 C.R.R. (2d) 338, [2014] 12 W.W.R. 291, [2014] A.J. No. 739 (QL), 2014 CarswellAlta 1181 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Peter J. Royal, *c.r.*, et *Conor Davis*, pour l'appelant.

Maureen J. McGuire et *Melanie Hayes-Richards*, pour l'intimée.

Melissa Adams et *Susan Magotiaux*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

David Lynass et *Greg Preston*, pour l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police.

Howard L. Krongold and *Vanessa MacDonnell*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] The common law power of search incident to arrest is an ancient and venerable power. For centuries, it has proved to be an invaluable tool in the hands of the police. Perhaps more than any other search power, it is used by the police on a daily basis to detect, prevent, and solve crimes. This case is no exception. By the same token, it is an extraordinary power. Searches incident to arrest are performed without prior judicial authorization, and they inevitably intrude on an individual's privacy interests. That, too, is the case here.

[2] The appellant, Ali Hassan Saeed, was convicted of sexual assault causing bodily harm and unlawful touching for a sexual purpose. At his trial, the Crown introduced evidence showing that the complainant's DNA was found on Mr. Saeed's penis within several hours of the assault. Police obtained this evidence through a warrantless penile swab, conducted at the police station following Mr. Saeed's arrest.

[3] Mr. Saeed objected to the admission of this evidence. He argued in the courts below, and now before us, that his right to be secure against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated because the police performed the penile swab without his consent or a warrant.

[4] At issue, once again, is the scope of the common law power of the police to search incident to

Howard L. Krongold et *Vanessa MacDonnell*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon, Côté et Brown rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation constitue un pouvoir ancien et vénérable. Depuis des siècles, il s'est avéré un outil d'une valeur inestimable pour les policiers, qui l'utilisent quotidiennement — peut-être plus que tout autre pouvoir de fouille — pour découvrir, prévenir et résoudre des crimes. La présente affaire ne fait pas exception. Par ailleurs, il s'agit d'un pouvoir extraordinaire. Les fouilles accessoires à une arrestation sont effectuées sans autorisation judiciaire préalable, et elles portent inévitablement atteinte à la vie privée d'un individu. C'est également le cas en l'espèce.

[2] L'appelant, Ali Hassan Saeed, a été déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles et de contacts sexuels illégaux. Au procès, le ministère public a présenté des éléments de preuve démontrant la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed dans les quelques heures ayant suivi l'agression. La police a obtenu cette preuve grâce à un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat au poste de police, à la suite de l'arrestation de M. Saeed.

[3] M. Saeed s'est opposé à l'admission de cette preuve. Devant les juridictions inférieures — ainsi que devant nous —, il a soutenu que son droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été violé, parce que les policiers ont effectué le prélèvement en question sans son consentement et sans mandat.

[4] Cette affaire soulève donc, une fois de plus, l'étendue du pouvoir que la common law reconnaît

arrest. Courts have examined and re-examined this power as new investigative methods and types of evidence have presented themselves. But no matter the context, to be constitutional, searches incident to arrest must be reasonable.

[5] Reasonableness in this context involves striking a proper balance between an accused's privacy interests and valid law enforcement objectives. In some cases, an accused's privacy interests will be so high as to be almost inviolable. In those cases, the common law power of search incident to arrest must yield, and a search will be allowed only where the accused consents, or a warrant is obtained, or perhaps in exigent circumstances. In others, while the accused's privacy interests may be significant, they will not be so significant as to preclude the power of the police to search incident to arrest. In these cases, the existing general framework of the common law power of search incident to arrest must instead be tailored to ensure the search will be *Charter*-compliant.

[6] For reasons that follow, I am of the view that this case falls into the second category. To be precise, I am satisfied that while a penile swab constitutes a significant intrusion on the privacy interests of the accused, the police may nonetheless take a swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe that the search will reveal and preserve evidence of the offence for which the accused was arrested, and the swab is conducted in a reasonable manner.

[7] Applying those requirements to this case, I conclude that the police had reasonable grounds to conduct the swab and that in carrying it out, they took reasonable steps to respect Mr. Saeed's privacy.

aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Les tribunaux ont examiné et réexaminé ce pouvoir au fur et à mesure de l'apparition de nouvelles méthodes d'enquête et de nouveaux types de preuve. Mais indépendamment du contexte, pour être constitutionnelle, une fouille accessoire à une arrestation ne doit pas être abusive.

[5] Dans une telle situation, le caractère non abusif de la fouille dépend de l'existence d'un juste équilibre entre, d'une part, les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée et, d'autre part, les objectifs valables en matière d'application de la loi. Dans certains cas, les intérêts de l'accusé au respect de la vie privée seront si élevés qu'ils seront pratiquement inviolables. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit alors céder le pas à ces intérêts, et une fouille ne sera permise que dans les cas suivants : soit l'accusé y consent, soit un mandat est obtenu, soit peut-être en présence d'une situation d'urgence. Dans d'autres cas, bien qu'ils puissent être importants, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée ne seront pas élevés au point d'empêcher la police d'exercer son pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation. En pareilles situations, le cadre général actuel du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit plutôt être adapté pour faire en sorte que la fouille soit effectuée conformément à la *Charte*.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la présente affaire entre dans la seconde catégorie de cas. Pour être plus précis, je suis convaincu que, bien que le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis constitue une atteinte importante à la vie privée de l'accusé, il est néanmoins loisible aux policiers d'y procéder accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que cette fouille permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté, et si le prélèvement est effectué d'une manière non abusive.

[7] En appliquant ces exigences en l'espèce, je conclus que les policiers avaient des motifs raisonnables de procéder au prélèvement en cause et qu'ils l'ont fait en prenant des mesures raisonnables pour

It follows that Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights were not breached, and that the evidence of the complainant's DNA obtained from the swabbing was properly admitted. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[8] In the early morning hours of May 22, 2011, the complainant, age 15, and her friend S, age 14, attended a small party at an apartment building in the city of Edmonton. Another of the complainant's friends, a man called Skip, joined them. There were three men at the party other than Skip. One was introduced as Ali.

[9] The complainant and S drank alcohol at the party. At some point, the complainant became tired. She was very intoxicated. S and Skip helped her to a bedroom to sleep. Around 4:00 a.m., the complainant awoke and discovered that S and Skip had left the apartment. She then went outside to find S. When she reached the front yard of the building, she was viciously attacked, in full public view, by a man who pushed her to the ground, hit her multiple times, tore her clothes, called her names, and proceeded to sexually assault her.

[10] In the meantime, S and Skip returned to the apartment and found that the complainant — and Ali — were gone. S went outside to look for her friend and heard the complainant screaming. She saw her friend on the ground outside of the apartment with a man on top of her. The man's pants were pulled down and he had a knife in his hand. S recognized the man as Ali. She yelled for Skip to separate them. Skip pulled the man off the complainant.

[11] Skip drove the complainant and S to the group home where they both lived. The police were called and they arrived at the home around 5:00 a.m.

respecter la vie privée de M. Saeed. Il s'ensuit que les droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte* n'ont pas été violés, et que les éléments de preuve relatifs à la présence de l'ADN de la plaignante recueillis grâce au prélèvement ont été admis à bon droit. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits

[8] Aux petites heures du matin, le 22 mai 2011, la plaignante, qui était âgée de 15 ans, et son amie S, âgée de 14 ans, ont participé à une petite fête dans un immeuble d'habitation situé à Edmonton. Skip, un ami de la plaignante, les accompagnait. À part ce dernier, trois autres hommes étaient présents. L'un d'entre eux a été présenté sous le nom d'Ali.

[9] La plaignante et S ont consommé de l'alcool au cours de la fête. À un certain moment, la plaignante s'est sentie fatiguée. Elle était très ivre. S et Skip l'ont aidée à se rendre jusqu'à une chambre pour qu'elle puisse dormir. Vers 4 h du matin, la plaignante s'est réveillée et a constaté que S et Skip avaient quitté l'appartement. Elle est alors sortie pour chercher S. En arrivant dans la cour d'entrée de l'immeuble, elle a été brutalement agressée à la vue de tous par un homme qui l'a projetée au sol, l'a frappée à maintes reprises, lui a arraché ses vêtements, l'a injuriée, et l'a agressée sexuellement.

[10] Pendant ce temps, S et Skip sont revenus à l'appartement et se sont rendu compte que la plaignante — et Ali — n'étaient plus là. S est sortie à la recherche de son amie et a entendu la plaignante crier. Elle l'a aperçue gisant au sol, à l'extérieur de l'appartement, avec un homme monté par-dessus elle. Le pantalon de l'homme était baissé et celui-ci avait un couteau à la main. S a reconnu l'homme : c'était Ali. Elle a crié pour que Skip les sépare. Ce dernier a enlevé l'homme qui se trouvait sur la plaignante.

[11] Skip a ramené en voiture la plaignante et S au foyer de groupe où elles habitaient toutes les deux. La police a été appelée et des agents sont arrivés au foyer vers 5 h du matin.

[12] The complainant was taken to the hospital. She had bruises, cuts, and scrapes all over her body, including her face. The examining nurse, who had special training with respect to sexual assault cases, noted tenderness in the complainant's outer vagina but no other injuries in the genital area.

[13] Constable Mitchell took S back to the apartment building to investigate. They arrived at around 5:44 a.m. S directed Constable Mitchell to the apartment where she and the others had been partying, and told him that the assailant's name was Ali.

[14] Constable Mitchell knocked on the apartment door. Mr. Saeed answered. When asked his name, he said it was Ali. Constable Mitchell arrested Mr. Saeed immediately and advised him of his right to counsel under s. 10(*b*) of the *Charter*. It was 6:05 a.m.

[15] Mr. Saeed was taken to the police station but mistakenly released sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m. Constable Mitchell was still at the scene when an officer brought Mr. Saeed back to the apartment. Constable Mitchell re-arrested Mr. Saeed at 8:35 a.m. He once again advised Mr. Saeed of his s. 10(*b*) rights.

[16] Constable Mitchell returned to the police station with Mr. Saeed. They arrived at 8:50 a.m. Mr. Saeed was immediately permitted to speak to a lawyer. He took up the opportunity and finished the call at around 9:20 a.m.

[17] At some point that morning, the complainant disclosed to investigating officers that the sexual assault had involved penile penetration. This information was relayed to Detective Fermaniuk, who had a supervising role in the investigation. Based on this information and the proximity in time of the assault to the arrest, Detective Fermaniuk felt that there were reasonable grounds to believe the complainant's

[12] La plaignante a été conduite à l'hôpital. Elle avait des ecchymoses, des coupures et des éraflures sur tout le corps, y compris au visage. L'infirmière qui l'a examinée, et qui avait une formation spéciale en matière d'agressions sexuelles, a constaté la sensibilité de la partie extérieure du vagin, mais n'a relevé aucune autre lésion dans la région génitale.

[13] L'agent Mitchell a ramené S à l'immeuble d'habitation pour enquêter. Ils sont arrivés vers 5 h 44. S a conduit l'agent Mitchell jusqu'à l'appartement où elle et les autres personnes avaient fait la fête et elle lui a dit que le nom de l'agresseur était Ali.

[14] L'agent Mitchell a frappé à la porte de l'appartement. M. Saeed a répondu. Quand il s'est fait demander son nom, il a répondu Ali. L'agent Mitchell a procédé sur-le-champ à l'arrestation de M. Saeed et l'a informé de son droit à l'assistance d'un avocat conformément à l'al. 10*b*) de la *Charte*. Il était alors 6 h 05.

[15] M. Saeed a été conduit au poste de police, mais il a par erreur été remis en liberté à un certain moment entre 7 h et 7 h 30. L'agent Mitchell était encore sur les lieux lorsqu'un agent a ramené M. Saeed à l'appartement. L'agent Mitchell a arrêté de nouveau M. Saeed à 8 h 35. Il a encore une fois informé celui-ci des droits que lui garantit l'al. 10*b*) de la *Charte*.

[16] L'agent Mitchell est revenu au poste de police en compagnie de M. Saeed. Ils sont arrivés à 8 h 50. On a immédiatement permis à M. Saeed de parler à un avocat. Il s'est prévalu de cette possibilité et l'appel téléphonique s'est terminé vers 9 h 20.

[17] Au cours de la matinée, la plaignante a révélé aux enquêteurs qu'il y avait eu pénétration lors de l'agression sexuelle. Ces renseignements ont été transmis au détective Fermaniuk, qui agissait comme superviseur dans cette enquête. Compte tenu de ces renseignements et du peu de temps écoulé entre le moment de l'agression et celui de l'arrestation, le détective Fermaniuk a estimé qu'il

DNA would be found on Mr. Saeed's penis. Accordingly, he determined that a penile swab should be taken from Mr. Saeed to preserve this evidence.

existait des motifs raisonnables de croire que l'on trouverait l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed. En conséquence, il a décidé qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed devait être effectué pour préserver cette preuve.

[18] The penile swab could not be taken immediately after Mr. Saeed finished speaking to counsel because Constable Craddock, the officer responsible for collecting physical evidence, was not at the station. She was completing an interview with the complainant and photographing her injuries. In anticipation that a swab would be taken, at around 9:30 a.m., after Mr. Saeed had finished speaking to counsel, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to place him in a dry cell, with no toilet or running water, to preserve the evidence. Mr. Saeed was handcuffed to the wall to prevent him from licking his hands or otherwise washing away evidence. Mr. Saeed was fully clothed.

[18] Le prélèvement en question n'a pas pu être effectué immédiatement après que M. Saeed eut fini de parler à son avocat, parce que l'agente Craddock, l'agente chargée de recueillir des éléments de preuve matériels, n'était pas présente au poste. Elle était en train d'interroger la plaignante et de photographier ses blessures. En vue du prélèvement par écouvillonnage du pénis, le détective Fermaniuk a, vers 9 h 30, après que M. Saeed eut fini de s'entretenir avec son avocat, ordonné à l'agent Mitchell de placer celui-ci dans une cellule sèche — c'est-à-dire une cellule sans toilettes ni eau courante — pour préserver la preuve. M. Saeed a été menotté au mur afin de l'empêcher de se lécher les mains ou d'éliminer autrement des éléments de preuve en se lavant. M. Saeed était entièrement vêtu.

[19] In his time on the force, Detective Fermaniuk had not personally been involved in taking a penile swab. He testified that he considered getting a warrant for the swab, but he did not follow up on this because in his view, the proposed swab was a valid search incident to arrest. He also testified that taking a swab was more respectful of Mr. Saeed, as applying for a warrant would have resulted in Mr. Saeed being handcuffed to a wall for several hours while the warrant was obtained. He did not consider getting a telewarrant.

[19] Depuis qu'il faisait partie du service de police, le détective Fermaniuk n'avait jamais participé personnellement à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Dans son témoignage, il a expliqué qu'il avait envisagé la possibilité d'obtenir un mandat pour procéder au prélèvement proposé, mais qu'il n'avait pas donné suite à cette idée parce qu'il s'agissait, à son avis, d'une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a ajouté qu'en procédant au prélèvement, on avait agi de façon plus respectueuse envers M. Saeed, car, si une demande de mandat avait été présentée, ce dernier serait resté menotté au mur pendant plusieurs heures en attendant que le mandat soit obtenu. Il n'a pas envisagé la possibilité d'obtenir un télémandat.

[20] Constable Craddock returned to the station at around 10:00 a.m. Detective Fermaniuk requested a penile swab be performed, and Constable Craddock agreed that a swab was appropriate based on the allegation of penetration. Seizing DNA evidence such as a penile swab would ordinarily have been part of Constable Craddock's job. However, in view of her gender, Detective Fermaniuk directed Constable Mitchell to perform the penile swab. Constable

[20] L'agente Craddock est revenue au poste vers 10 h. Le détective Fermaniuk a demandé qu'on procède à un prélèvement par écouvillonnage du pénis et celle-ci a convenu que cette mesure était appropriée compte tenu de l'allégation de pénétration. La saisie d'une preuve génétique tel un prélèvement par écouvillonnage du pénis aurait normalement fait partie du travail de l'agente Craddock, mais, vu le sexe de cette dernière, le détective Fermaniuk a

Craddock explained the procedure to Constable Mitchell.

[21] Mr. Saeed spent about 30 to 40 minutes in total handcuffed in the dry cell. At around 10:10 a.m., he was escorted from the cell to speak with an interpreter. Acting Detective Kachkowski informed Mr. Saeed of the possibility that the police might take DNA swabs from him and arranged for a phone call with the interpreter. During the call, Acting Detective Kachkowski repeated to Mr. Saeed the reason for his arrest and once again advised him of his s. 10(*b*) rights. Mr. Saeed indicated that he had already spoken to a lawyer, and that he understood that he was not required to make any statements.

[22] The call with the interpreter was used to prepare Mr. Saeed for the process of taking the swab. Constable Craddock explained the process of obtaining a swab to the interpreter, and had the interpreter repeat the process back to her to make sure that the interpreter understood. Mr. Saeed then spoke directly to the interpreter about the swabbing process. The interpreter informed Mr. Saeed how the swab would be taken, and that he could choose either to take the swab himself, or to have a male officer take it for him.

[23] Following the call with the interpreter, Mr. Saeed was escorted back to the dry cell, where Constable Craddock took pictures of him fully clothed. Several scratches on his face were apparent. She left the room.

[24] The swab took place at around 10:45 a.m. Constable Mitchell, Detective Fermaniuk, and Mr. Saeed were the only persons in the cell at the time. The cell had a small window, located towards the top of the door. During the swabbing process, the officers blocked the window with their bodies so that no one could look into the room. Constable Craddock stood outside the closed door.

ordonné à l'agent Mitchell de procéder au prélèvement. L'agente Craddock a expliqué la procédure à l'agent Mitchell.

[21] M. Saeed a passé en tout environ 30 à 40 minutes menotté dans la cellule sèche. Vers 10 h 10, on l'a sorti sous escorte de sa cellule pour qu'il puisse parler à un interprète. Le détective par intérim Kachkowski a expliqué à M. Saeed qu'il était possible que la police effectue sur lui des prélèvements d'ADN et a fait le nécessaire pour qu'il puisse parler à l'interprète au téléphone. Au cours de la conversation téléphonique, le détective par intérim Kachkowski a répété à M. Saeed la raison de son arrestation et l'a de nouveau informé des droits que lui garantit l'al. 10*b*). M. Saeed a répondu qu'il avait déjà parlé à un avocat et qu'il comprenait qu'il n'était pas tenu de faire de déclaration.

[22] On a profité de la conversation téléphonique avec l'interprète pour renseigner M. Saeed sur la procédure de prélèvement. L'agente Craddock a d'abord expliqué à l'interprète le processus d'obtention du prélèvement, puis lui a demandé de le lui répéter pour s'assurer qu'il avait bien compris. M. Saeed a ensuite parlé directement à l'interprète au sujet du processus en question. L'interprète a informé M. Saeed de la manière dont le prélèvement serait effectué, lui expliquant qu'il avait le choix de le faire lui-même ou de demander à un agent de sexe masculin de le faire pour lui.

[23] À la suite de sa conversation téléphonique avec l'interprète, M. Saeed a été reconduit sous escorte à la cellule sèche, où l'agente Craddock a pris des photos de lui entièrement vêtu. Il avait plusieurs égratignures évidentes au visage. Elle a quitté la pièce.

[24] Le prélèvement a eu lieu vers 10 h 45. L'agent Mitchell, le détective Fermaniuk et M. Saeed étaient les seules personnes présentes dans la cellule à ce moment-là. La cellule était munie d'une petite fenêtre située dans le haut de la porte. Lors du prélèvement, les agents se sont placés de telle sorte que personne ne puisse voir dans la pièce par la fenêtre. L'agente Craddock se tenait à l'extérieur de la porte, laquelle était fermée.

[25] The procedure took at most two minutes. Mr. Saeed was fully clothed, but pulled his pants down in order to take the swab. Constable Mitchell handed Mr. Saeed a swab with a cotton tip and a four to five inch-long handle. Under Constable Mitchell's direction, Mr. Saeed wiped the cotton tip of the swab along the length of his penis and around the head before returning the swab to Constable Mitchell. The swab came into contact only with the skin on the outside of Mr. Saeed's body. Mr. Saeed then pulled up his pants. Constable Mitchell returned the swab to Constable Craddock, who sealed it in order to preserve the evidence.

[26] The swab was tested. It revealed the complainant's DNA on Mr. Saeed's penis.

[27] At trial, the central issue was the identity of the complainant's assailant. The main evidence implicating Mr. Saeed came from the testimony of the complainant and S, and the DNA evidence from the penile swab. The complainant testified to the assault, but in cross-examination, she recanted her identification of Mr. Saeed. S maintained her identification of Mr. Saeed, but her identification was far from ironclad. She was intoxicated when she witnessed the sexual assault, did not know Mr. Saeed well, and identified him for the first time to police only when she saw Constable Mitchell leading him from the apartment building.

[28] As indicated, Mr. Saeed challenged the admissibility of the evidence of the complainant's DNA obtained from the penile swab. The Crown called Kenneth Hunter, a forensic specialist, to provide expert opinion evidence. Mr. Hunter testified that he would expect to find the complainant's vaginal DNA on the accused's penis for a period of time after a sexual assault involving penile penetration, if no condom was used. He further stated that urination by the accused, humidity, warmth, sweat, and the natural bacteria present on the accused's

[25] L'intervention a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed était entièrement vêtu, mais il a baissé son pantalon pour effectuer le prélèvement. L'agent Mitchell lui a remis l'écouvillon, c'est-à-dire une tige de quatre à cinq pouces de longueur munie d'une boule de coton à une extrémité. Conformément aux directives de l'agent Mitchell, M. Saeed a passé la boule de coton sur toute la longueur de son pénis et autour du gland avant de rendre l'écouvillon à l'agent Mitchell. L'écouvillon n'est entré en contact qu'avec la peau située à l'extérieur du corps de M. Saeed. Ce dernier a ensuite remonté son pantalon. L'agent Mitchell a remis l'écouvillon à l'agente Craddock, qui l'a scellé pour préserver la preuve ainsi recueillie.

[26] Le prélèvement a été analysé. Cette analyse a révélé la présence de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed.

[27] Au procès, la question centrale était l'identité de l'agresseur de la plaignante. Les principaux éléments de preuve impliquant M. Saeed provenaient du témoignage de la plaignante et de S, ainsi que de la preuve génétique obtenue à la suite du prélèvement par écouvillonnage du pénis. La plaignante a témoigné au sujet de l'agression, mais, en contre-interrogatoire, elle est revenue sur son identification de M. Saeed. S a continué de maintenir que c'était M. Saeed, mais son identification était loin d'être à toute épreuve. Elle était ivre lorsqu'elle a été témoin de l'agression sexuelle, elle ne connaissait pas bien M. Saeed et elle ne l'a identifié pour la première fois aux policiers que lorsqu'elle a vu l'agent Mitchell l'emmener hors de l'immeuble d'habitation.

[28] Comme nous l'avons vu, M. Saeed a contesté l'admissibilité des éléments de preuve de l'ADN de la plaignante ayant été recueillis grâce au prélèvement par écouvillonnage du pénis. Le ministère public a fait témoigner M. Kenneth Hunter, un spécialiste en criminalistique, pour qu'il donne son opinion à titre d'expert. M. Hunter a affirmé qu'on peut s'attendre à trouver l'ADN vaginal d'une plaignante sur le pénis d'un accusé pendant un certain temps après une agression sexuelle au cours de laquelle il y a eu pénétration, si aucun condom n'a été utilisé.

skin could all cause this type of DNA evidence to degrade. An accused could also wash off or wipe away the DNA evidence.

[29] Mr. Hunter could not state definitively the time frame within which a swab must be taken, due to the many factors that affect how long a complainant's DNA will remain on the accused's penis — including whether the accused chooses to destroy the evidence. Mr. Hunter referred to a study on DNA transfer conducted on consenting couples who were not permitted to wipe or wash after intercourse. The study found that DNA degradation began five hours after intercourse for some couples, but for others, degradation did not begin until twenty-four hours after intercourse. However, because of the likelihood that an accused will urinate, wash, or wipe away the evidence, Mr. Hunter testified that a swab should be taken as soon as possible. Mr. Saeed did not give evidence on the s. 8 application.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench — Sulyma J.*

[30] The trial judge ruled that the penile swab violated Mr. Saeed's s. 8 *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure. She concluded that exigent circumstances are required to justify conducting a warrantless penile swab. Exigent circumstances — namely, the imminent loss of evidence — did not exist in this case. However, the trial judge noted that based on the factors governing the reasonableness of strip searches set out in *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, the police conducted the swab in a reasonable manner.

Il a ajouté qu'une miction de l'accusé, l'humidité, la chaleur, la sueur et la présence de bactéries naturelles sur la peau de l'accusé sont toutes des facteurs susceptibles de provoquer la dégradation de ce type de preuve génétique. Il est également possible que l'accusé supprime la preuve génétique en se lavant ou en s'essuyant.

[29] M. Hunter ne pouvait affirmer avec certitude dans quel délai ce prélèvement devrait être effectué vu les nombreux facteurs ayant une incidence sur la période pendant laquelle l'ADN de la plaignante demeure sur le pénis de l'accusé, notamment lorsque l'accusé décide de détruire la preuve. M. Hunter a cité une étude sur le transfert d'ADN réalisée à l'égard de couples consentants à qui on n'avait pas permis de s'essuyer ou de se laver après avoir eu des rapports sexuels. Les résultats ont révélé que la dégradation de l'ADN commençait cinq heures après les rapports sexuels pour certains couples, mais que, pour d'autres, elle ne commençait que vingt-quatre heures après les relations sexuelles. Toutefois, étant donné la probabilité que l'accusé urine, ou encore élimine les éléments de preuve en se lavant ou en s'essuyant, M. Hunter a expliqué que le prélèvement devrait être effectué dès que possible. M. Saeed n'a pas témoigné au sujet de la demande fondée sur l'art. 8.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (la juge Sulyma)*

[30] La juge du procès a statué que le prélèvement par écouvillonnage du pénis violait le droit de M. Saeed à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Sans mandat, ce type de prélèvement ne pouvait, selon elle, être justifié que dans des situations d'urgence. Aucune situation d'urgence — en l'occurrence, le risque imminent de perte d'éléments de preuve — n'existait en l'espèce. Cependant, la juge du procès a souligné que, compte tenu des facteurs régissant le caractère raisonnable des fouilles à nu énoncés dans l'arrêt *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, les policiers avaient procédé au prélèvement de manière non abusive.

[31] The trial judge admitted the evidence from the penile swab under s. 24(2) of the *Charter*, having regard to the factors set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. She found that there was no bad faith on the part of the police.

[32] Mr. Saeed did not testify at trial. On the evidence before her, the trial judge convicted him of sexual assault causing bodily harm under s. 272(1)(c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and unlawful touching for a sexual purpose under s. 151 of the *Criminal Code*. In convicting Mr. Saeed, the trial judge relied on S's identification and the DNA evidence. Mr. Saeed appealed his convictions.

B. *Alberta Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 — Watson, McDonald and Bielby JJ.A.*

[33] The Alberta Court of Appeal unanimously dismissed the appeal. The court divided on whether the taking of the swab violated Mr. Saeed's s. 8 rights, but agreed that the DNA evidence was properly admitted at trial.

[34] For the majority, Watson and Bielby JJ.A. held that taking the swab violated Mr. Saeed's rights under s. 8. In their view, the seizure of bodily material that may infringe upon a person's dignity was governed by this Court's decision in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. And because a penile swab infringes on a person's dignity, absent Mr. Saeed's consent, the police were required under *Stillman* to obtain a warrant for the swab. There were no exigent circumstances in this case that would justify bypassing the warrant requirement.

[35] Justice McDonald, concurring in the result, held that Mr. Saeed's s. 8 rights were not violated because the swab was a valid search incident to arrest.

[31] Eu égard aux facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la juge du procès a permis l'utilisation de la preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis en application du par. 24(2) de la *Charte*. Elle a conclu à l'absence de mauvaise foi de la part des policiers.

[32] M. Saeed n'a pas témoigné au procès. Au regard de la preuve qui lui avait été soumise, la juge du procès l'a déclaré coupable d'agression sexuelle causant des lésions corporelles, infraction prévue à l'al. 272(1)c) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, et de contacts sexuels illégaux, infraction visée à l'art. 151 du *Code criminel*. Pour conclure à la culpabilité de M. Saeed, elle s'est appuyée sur l'identification de ce dernier par S et sur la preuve génétique. M. Saeed a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité.

B. *Cour d'appel de l'Alberta, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219 (les juges Watson, McDonald et Bielby)*

[33] La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel à l'unanimité. La cour était divisée sur la question de savoir si le prélèvement effectué sur M. Saeed avait violé les droits que lui garantit l'art. 8, mais elle a reconnu que la preuve génétique avait été admise à bon droit au procès.

[34] S'exprimant au nom de la majorité, les juges Watson et Bielby ont conclu que le prélèvement contrevenait aux droits que l'art. 8 confère à M. Saeed. Selon eux, les saisies de substances corporelles susceptibles de porter atteinte à la dignité de la personne sont régies par l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Et, comme un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la dignité de la personne, à défaut de consentement de la part de M. Saeed, les policiers étaient tenus, suivant cet arrêt, d'obtenir un mandat pour pouvoir y procéder. Il n'y avait en l'espèce aucune situation d'urgence permettant d'écarter l'obligation d'obtenir un mandat.

[35] Souscrivant au résultat, le juge McDonald a estimé pour sa part que les droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed n'avaient pas été violés, car le

He distinguished *Stillman*, holding that it applies only to samples of an accused's own bodily substances. In his view, the search here was effectively a strip search and was therefore governed by the requirements in *Golden*. The police met these requirements.

IV. Analysis

[36] To be reasonable and therefore consistent with s. 8 of the *Charter*, a search must meet three requirements: (1) the search must be authorized by law; (2) the authorizing law must be reasonable; and (3) the search must be conducted reasonably (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10). The Crown relies on the common law power of search incident to arrest as the authorizing law.

[37] The existing general framework for a valid search incident to arrest purports to authorize a broad range of searches. It requires only that (1) the individual searched has been lawfully arrested; (2) the search is truly incidental to the arrest in the sense that it is for a valid law enforcement purpose related to the reasons for the arrest; and (3) the search is conducted reasonably (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 27).

[38] Despite this broadly framed power, in some contexts, the accused's privacy interests are so high that the police are precluded from relying on the power of search incident to arrest, because if the common law authorized such a search, it would not be reasonable and therefore not consistent with the *Charter*. In others, while the police may rely on the power of search incident to arrest, the power must be tailored to ensure that the accused's heightened privacy interests receive adequate protection. In other words, in these contexts, the common law power of search incident to arrest must be modified to permit

prélèvement en cause constituait une fouille valide effectuée accessoirement à une arrestation. Il a fait une distinction entre la présente espèce et l'affaire *Stillman*, concluant que cette dernière ne s'appliquait qu'aux échantillons de substances corporelles de l'accusé lui-même. À son avis, la fouille effectuée en l'espèce constituait effectivement une fouille à nu et était donc assujettie aux exigences de l'arrêt *Golden*, lesquelles avaient été respectées par les policiers.

IV. Analyse

[36] Pour ne pas être abusive et, par conséquent, être conforme à l'art. 8 de la *Charte*, une fouille doit respecter trois exigences : (1) la fouille doit être autorisée par la loi, (2) la loi l'autorisant doit n'avoir rien d'abusif et (3) la fouille ne doit pas être effectuée d'une manière abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10). Le ministère public invoque, à titre de règle de droit autorisant le prélèvement effectué en l'espèce, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation.

[37] Le cadre général actuel permettant de procéder à une fouille valide accessoirement à une arrestation vise à autoriser un vaste éventail de fouilles. Il exige uniquement (1) que la personne soumise à la fouille ait été légalement arrêtée, (2) que la fouille soit véritablement accessoire à l'arrestation, c'est-à-dire qu'elle vise un objectif d'application de la loi valable, lié aux motifs de l'arrestation, et (3) que la fouille ne soit pas abusive (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 27).

[38] Malgré ce pouvoir défini en termes larges, les intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée sont, dans certains contextes, si élevés que les policiers ne peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, car, si une telle fouille était autorisée par la common law, elle serait abusive et, partant, non conforme à la *Charte*. Dans d'autres cas, bien que les policiers puissent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, ce pouvoir doit être adapté de façon que les intérêts élevés de l'accusé au respect de sa vie privée bénéficient d'une protection adéquate. En

only reasonable searches — that is, searches that are *Charter*-compliant.

[39] Although Mr. Saeed has challenged the manner in which this search was conducted, the main issue on this appeal is whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest to take the penile swab, given the particular privacy interests at stake here. There is no real dispute that the police met the existing requirements of the general framework for a search incident to arrest. Mr. Saeed was validly arrested and the police had a legitimate law enforcement purpose related to his arrest for performing the search.

[40] The Crown submits that the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest, with some modifications, to take the penile swab. The Crown points to this Court's decision in *Golden*. In *Golden*, this Court modified the common law power of search incident to arrest in respect of strip searches, to ensure it conformed to the *Charter*. Specifically, *Golden* stated that the police must have reasonable grounds to believe the strip search is necessary in the particular circumstances and follow certain restrictive guidelines in carrying out the search (paras. 98-99 and 101). The Crown maintains that similar modifications for penile swabs will bring the existing general common law framework in line with the *Charter*.

[41] Mr. Saeed accepts the law as set out in *Golden*, but submits that it does not apply here. He says that the question of whether the police were entitled to rely on the common law power of search incident to arrest can instead be resolved by a straightforward

d'autres mots, dans ce type de contextes, le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être modifié de façon à permettre uniquement les fouilles non abusives — c'est-à-dire les fouilles qui sont conformes à la *Charte.*

[39] Bien que M. Saeed conteste la façon dont la fouille a été effectuée en l'espèce, la principale question à trancher dans le présent pourvoi est celle de savoir si les policiers avaient le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis, eu égard aux intérêts particuliers en matière de vie privée qui sont en jeu dans le cas qui nous occupe. Personne ne prétend vraiment que les policiers n'ont pas respecté les exigences actuelles du cadre général permettant de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. L'arrestation de M. Saeed était valide et la fouille effectuée par les policiers visait à réaliser un objectif légitime d'application de la loi lié à cette arrestation.

[40] Le ministère public soutient que les policiers avaient, sous réserve de quelques modifications, le droit d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. Il invoque à cet égard l'arrêt *Golden*, où la Cour a modifié le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation dans le cas des fouilles à nu pour faire en sorte que celui-ci soit conforme à la *Charte*. Plus particulièrement, elle a déclaré que les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire que la fouille à nu est nécessaire dans les circonstances particulières en cause et qu'ils doivent respecter certaines lignes directrices restrictives lorsqu'ils procèdent à celle-ci (par. 98-99 et 101). Le ministère public affirme que des modifications semblables à l'égard des prélèvements par écouvillonnage du pénis permettront d'harmoniser le cadre général actuel de la common law avec la *Charte*.

[41] M. Saeed accepte la règle de droit énoncée dans *Golden*, mais il soutient qu'elle ne s'applique pas en l'espèce. Il affirme plutôt que la simple application de l'arrêt *Stillman* permet de répondre à la question de savoir si les policiers avaient le droit

application of this Court's decision in *Stillman*. In that case, the Court held that the common law power of search incident to arrest cannot reasonably authorize the police to seize the accused's bodily samples and certain impressions, such as dental impressions. Instead, the police must have either consent or a warrant. Mr. Saeed says that a penile swab is a seizure of a bodily sample, and therefore, as the police had neither his consent nor a warrant, they were not entitled to take the swab.

[42] With respect, I disagree with Mr. Saeed's submission. In particular, I reject his argument that this case can be decided on a straightforward application of *Stillman*. But that is not the end of the matter. An accused's privacy interests are invariably implicated by a penile swab. While I would reject Mr. Saeed's argument that the privacy interests are so high as to require the police to obtain either consent or a warrant, I agree that the common law power of search incident to arrest must be tailored to protect the enhanced privacy interests involved. In my view, the police may take a penile swab incident to arrest if they have reasonable grounds to believe the swab will reveal and preserve evidence of the offence, and if the search is carried out in accordance with guidelines that are designed to respect the accused's privacy interests and interfere with them as little as possible.

A. *Stillman Does Not Apply*

[43] As indicated, Mr. Saeed submits that a penile swab falls within the scope of *Stillman*. I disagree.

d'invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Dans cette affaire, la Cour a affirmé que ce pouvoir de common law ne peut raisonnablement autoriser les policiers à saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de l'accusé, comme des empreintes dentaires. Les policiers doivent plutôt avoir obtenu soit le consentement de ce dernier, soit un mandat. M. Saeed affirme qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis constitue une saisie d'un échantillon corporel et que, comme les policiers n'avaient obtenu ni son consentement ni mandat, ils n'avaient pas le droit d'effectuer celui-ci.

[42] Avec égards, je ne peux retenir la prétention de M. Saeed. De façon plus particulière, je rejette son argument selon lequel la présente affaire peut être tranchée par une simple application de l'arrêt *Stillman*. Mais cela ne clôt pas le débat. Un prélèvement effectué par écouvillonnage du pénis a immanquablement une incidence sur les intérêts de l'accusé concerné au respect de sa vie privée. Bien que je rejette l'argument de M. Saeed selon lequel ces intérêts sont tellement élevés dans un tel cas que les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat, je reconnais que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation doit être adapté de façon à protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en cause. À mon avis, les policiers peuvent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation s'ils ont des motifs raisonnables de croire que ce prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve relative à l'infraction, et si cette fouille est effectuée conformément à des lignes directrices conçues pour assurer le respect des intérêts de l'accusé en matière de vie privée et faire en sorte que l'on porte le moins possible atteinte à ceux-ci.

A. *L'arrêt Stillman ne s'applique pas*

[43] Comme nous l'avons vu, M. Saeed soutient que le prélèvement par écouvillonnage du pénis relève du champ d'application de l'arrêt *Stillman*. Je ne suis pas de cet avis.

[44] Three factors played a significant role in the Court's decision in *Stillman* that the police must have consent or a warrant to seize the accused's bodily samples and certain impressions. First, seizing samples of *the accused's own body* to obtain information about him without his consent intrudes on an accused's privacy and dignity in a very significant way (*Stillman*, at para. 42, quoting with approval *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). Second, forcefully removing the accused's hair and taking his dental impressions — a two-hour long procedure which involved inserting instruments and substances into the accused's mouth — was highly intrusive (*Stillman*, at paras. 44 and 46). Third, the accused's DNA or bodily impressions do not change, degrade, or disappear over time (*Stillman*, at para. 49). In other words, the accused has a significant privacy interest in his own bodily samples, the methods for taking these samples and impressions are invasive, and there is no reason the police need to rush to seize this evidence.

[44] Trois facteurs ont joué un rôle important dans l'arrêt *Stillman*, où la Cour a conclu que les policiers doivent avoir obtenu le consentement de l'accusé ou un mandat pour saisir des échantillons corporels et certaines empreintes de ce dernier. Premièrement, la saisie d'échantillons du *propre corps de l'accusé*, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, représente une atteinte très importante à la vie privée et à la dignité de l'accusé (*Stillman*, par. 42, citant avec approbation *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). Deuxièmement, le prélèvement de force de cheveux et de poils de l'accusé, et la prise de ses empreintes dentaires — une procédure d'une durée de deux heures où il faut introduire des instruments et des substances dans la bouche de l'accusé —, constituent des actes très envahissants (*Stillman*, par. 44 et 46). Troisièmement, l'ADN ou les empreintes corporelles de l'accusé ne risquent pas de changer, de se dégrader ou de disparaître avec le temps (*Stillman*, par. 49). En d'autres mots, l'accusé a un intérêt important en matière de respect de sa vie privée en ce qui concerne ses propres échantillons corporels, les méthodes de prélèvement de ces échantillons et empreintes sont envahissantes ou attentatoires, et il n'y a aucune raison pour laquelle les policiers doivent se hâter pour recueillir ces éléments de preuve.

[45] The same cannot be said of a penile swab. First, a penile swab is not designed to seize the accused's own bodily materials but rather, the complainant's. The privacy interest accused persons have in their own samples and impressions stems, in part, from the fact that these samples and impressions are part of their bodies and can reveal personal information about them. The complainant's DNA is not part of the accused's body, and does not reveal anything about him.

[45] Il en va autrement du prélèvement par écouvillonnage du pénis. Premièrement, ce prélèvement ne vise pas à saisir les substances corporelles de l'accusé, mais plutôt celles du plaignant. L'intérêt en matière de respect de la vie privée de l'accusé à l'égard de ses propres échantillons corporels et empreintes découle en partie du fait que ces échantillons et empreintes font partie de son corps et peuvent révéler des renseignements personnels à son sujet. L'ADN du plaignant ne fait pas partie du corps de l'accusé et ne révèle rien au sujet de celui-ci.

[46] In *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, this was the very reason upon which the Court distinguished *Stillman*. In that case, the Court considered the power of customs officers to conduct a "bedpan vigil" and seize drugs from an accused's expelled faecal matter. Justice Iacobucci, writing for the Court, concluded that the accused's privacy interest in his own bodily fluids did not extend to the drugs contained in his

[46] C'est la raison même pour laquelle la Cour a établi une distinction d'avec l'affaire *Stillman* dans *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652. Dans cet arrêt, la Cour s'est penchée sur le pouvoir des agents des douanes d'effectuer une « veille au haricot » et de saisir la drogue qui se trouvait dans les matières fécales excrétées par l'accusé. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que l'intérêt de l'accusé

bodily waste, as the drugs sought were not "bodily samples containing personal information relating to the [accused]" (para. 44; see also para. 45).

[47] The same principle applies here. The evidence sought is not personal information relating to the accused. Accordingly, accused persons do not have a significant privacy interest in the complainant's DNA, any more than they have a significant privacy interest in drugs that have passed through their digestive system.

[48] That said, I accept as a practical reality that swabs are likely to contain bodily substances of the accused from which his DNA could be obtained. But the fact that the evidence sought is the complainant's DNA, and not information about the accused, changes the context. Unlike the situation in *Stillman*, taking a penile swab raises only a risk that an accused's privacy interest in the information contained in his bodily substances will be intruded upon. And, as I shall explain, this risk is manageable. Put simply, if an accused's DNA is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing such seizure, or the accused's consent, the accused's DNA cannot be used for any purpose.

[49] Second, a penile swab is in some ways less invasive than a two-hour long process for taking dental impressions and forcefully removing hair from an accused's body. As a general rule, it will be quick and painless. It is not penetrative. No objects or substances are placed inside the accused. Nor does the swab involve "the forcible taking of parts of a person" (*Stillman*, at para. 41, quoting with approval *R. v. Legere* (1988), 89 N.B.R. (2d) 361 (C.A.), at p. 379). While the accused is required to expose a

au respect de la vie privée en ce qui concerne ses propres liquides organiques ne s'étendait pas à la drogue contenue dans ses excréments, car la drogue recherchée ne constituait pas des « échantillons de substances corporelles contenant des renseignements personnels concernant l'[accusé] » (par. 44; voir aussi le par. 45).

[47] Le même principe s'applique en l'espèce. Les éléments de preuve recherchés ne sont pas des renseignements personnels concernant l'accusé. En conséquence, les accusés n'ont pas un intérêt important au respect de leur vie privée à l'égard de l'ADN des plaignants, pas plus qu'ils ne possèdent un intérêt important au respect de leur vie privée en ce qui concerne les drogues ayant traversé leur système digestif.

[48] Cela dit, je reconnais qu'en pratique, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est susceptible de contenir des substances corporelles de l'accusé, substances à partir desquelles son ADN pourrait être obtenu. Toutefois, le fait que les éléments de preuve recherchés soient des échantillons de l'ADN du plaignant, et non des renseignements sur l'accusé, modifie le contexte. Contrairement à la situation dans *Stillman*, le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne crée qu'un risque d'atteinte aux intérêts de l'accusé au respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements contenus dans ses substances corporelles. Et, comme je l'expliquerai plus loin, ce risque est gérable. Autrement dit, si l'ADN de l'accusé est obtenu au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle saisie, ou sans le consentement de l'accusé, l'ADN de ce dernier ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[49] Deuxièmement, le prélèvement par écouvillonnage du pénis est à certains égards moins envahissant que la prise d'empreintes dentaires — un processus d'une durée de deux heures —, et que le prélèvement de force de cheveux et de poils de l'accusé. Un tel prélèvement est, en règle générale, rapide et indolore. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit dans le corps. En effet, aucun objet ni aucune substance ne sont introduits dans le corps de l'accusé. Il ne s'agit pas non plus d'un [TRADUCTION]

private area of his body to conduct the swab, the procedure for taking the swab is not invasive.

[50] Third, unlike with the accused's bodily materials or impressions, evidence of the complainant's DNA degrades over time. The accused can also destroy this evidence, whether intentionally or accidentally. It cannot be said that this evidence is in "no danger of disappearing" or that there is "simply no possibility of the evidence sought being destroyed if it [is] not seized immediately" (*Stillman*, at para. 49).

[51] In sum, the issue in this case cannot be resolved by a straightforward application of *Stillman*. A penile swab implicates different privacy interests and law enforcement objectives than seizures of an accused's bodily samples and certain impressions.

B. *The Police Can Rely on the Power of Search Incident to Arrest*

[52] Even though *Stillman* does not apply, the question remains: Are an accused's privacy interests in this context so high as to require consent, a warrant, or exigent circumstances, or can the police rely on the common law power of search incident to arrest in taking a penile swab?

[53] The principles and policy considerations which this Court has identified in *Fearon*, *Golden*, and *Stillman* provide the framework needed to resolve this question. In short, our task is to weigh the privacy interests and law enforcement objectives involved and "delineate the scope of the common law

« prélèvement de parties du corps d'une personne, effectué de force » (*Stillman*, par. 41, citant avec approbation *R. c. Legere* (1988), 89 R.N.-B. (2e) 361 (C.A.), p. 379). Bien que l'accusé soit tenu d'exposer une partie intime de son corps aux fins du prélèvement, la procédure employée pour effectuer celui-ci n'est pas envahissante.

[50] Troisièmement, contrairement aux substances corporelles ou aux empreintes de l'accusé, la preuve démontrant la présence de l'ADN du plaignant se dégrade avec le temps. L'accusé peut également détruire cette preuve, que ce soit de manière intentionnelle ou accidentelle. On ne saurait affirmer que cette preuve « ne [risque] pas [. . .] de disparaître » ou qu'il n'y a « simplement aucune possibilité que les éléments de preuve recherchés soient détruits s'ils [ne sont] pas saisis immédiatement » (*Stillman*, par. 49).

[51] En résumé, la question litigieuse en l'espèce ne peut être tranchée par une simple application de l'arrêt *Stillman*. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis met en cause des intérêts en matière de vie privée et des objectifs d'application de la loi qui diffèrent de ceux qui sont en jeu dans les saisies d'échantillons corporels et de certaines empreintes de l'accusé.

B. *Les policiers peuvent invoquer le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation*

[52] Même si l'arrêt *Stillman* ne s'applique pas, la question demeure : les intérêts de l'accusé en matière de respect de sa vie privée en l'espèce sont-ils élevés au point d'exiger son consentement, un mandat ou l'existence d'une situation d'urgence, ou les policiers peuvent-ils invoquer le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation lorsqu'ils prélèvent des échantillons par écouvillonnage du pénis?

[53] Les principes et les considérations de politique générale que la Cour a dégagés dans les arrêts *Fearon*, *Golden* et *Stillman* établissent le cadre nécessaire pour trancher cette question. En bref, notre tâche consiste à soupeser les intérêts en matière de respect de la vie privée et les objectifs d'application

power . . . in a way that is consistent with the *Charter* right to be protected against unreasonable search and seizure" (*Golden*, at para. 87). This Court has, in *Fearon*, and in "both *Stillman* and *Golden*, . . . modified the common law power in relation to particularly invasive types of searches in order to make that power consistent with s. 8 of the *Charter*" (para. 44). With respect, these authorities do not bear out Karakatsanis J.'s statement that the common law power can only be tailored to comply with the *Charter* "in the rarest of cases" (para. 118).

de la loi en cause, et à « délimiter l'étendue du pouvoir de common law [. . .] sans porter atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par la *Charte* » (*Golden*, par. 87). La Cour a, dans l'arrêt *Fearon*, ainsi que dans « les arrêts *Stillman* et *Golden*, [. . .] modifié le pouvoir de common law relativement à des fouilles particulièrement attentatoires afin de rendre ce pouvoir conforme à l'art. 8 de la *Charte* » (par. 44). Soit dit tout en respect, cette jurisprudence n'étaye pas l'affirmation de la juge Karakatsanis selon laquelle ce n'est que « dans des cas extrêmement rares » que le pouvoir de common law peut être adapté de manière à ce qu'il respecte la *Charte* (par. 118).

[54] There can be no doubt that requiring an individual to expose and swab his genitals is an intrusion on an accused's privacy. Much like a strip search, a penile swab has the potential to be a "humiliating, degrading and traumatic experience" for the accused (*Golden*, at para. 83). A penile swab may be all the more humiliating because it requires more than a mere visual inspection of the accused's genitals.

[54] Le fait de contraindre un accusé à exposer ses organes génitaux et à effectuer un prélèvement sur ceux-ci constitue indéniablement une atteinte à sa vie privée. À l'instar de la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage du pénis peut représenter une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante » pour l'accusé (*Golden*, par. 83). Un tel prélèvement peut être encore plus humiliant du fait qu'il nécessite davantage qu'un simple examen visuel des organes génitaux de l'accusé.

[55] But that is not the end of the story. Swabbing itself is not inherently invasive. It can be conducted in a matter of minutes. It is not penetrative. The cotton swab touches only the accused's outer skin. It does not cause pain or physical discomfort. It does not pose any risk to the accused's health. And the evidence sought — the complainant's DNA — does not implicate any particular privacy interest of the accused. The DNA sought belongs to someone else.

[55] Mais l'analyse ne s'arrête pas là. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis ne présente pas un caractère envahissant en soi. Il ne nécessite que quelques minutes. Il se fait sans introduction de quoi que ce soit. L'écouvillon de coton ne touche que la surface extérieure de la peau de l'accusé. Il ne provoque pas de douleur ou d'inconfort physique. Il ne présente aucun risque pour la santé de l'accusé. De plus, les éléments de preuve recherchés — l'ADN du plaignant — ne touchent pas un intérêt particulier de l'accusé en matière de respect de sa vie privée. L'ADN recherché appartient à quelqu'un d'autre.

[56] In short, this search is a significant intrusion on the accused's privacy because of the body part searched. If the same search was conducted elsewhere on the accused's body — the back of his hands, for example — there could be no suggestion that the swab was a "humiliating, degrading and traumatic experience".

[56] En somme, une telle fouille constitue une atteinte importante à la vie privée de l'accusé en raison de la partie du corps visée. Si la même fouille était effectuée ailleurs sur le corps de l'accusé — le dos de ses mains par exemple — on ne pourrait prétendre que le prélèvement constitue une « expérience humiliante, avilissante et traumatisante ».

[57] Unlike my colleague Karakatsanis J., I do not find the approach in the United Kingdom to be particularly helpful in assessing the privacy interests implicated here. The regime in the United Kingdom operates in an entirely different context, with different rules. The treatment of penile swabs in the United Kingdom cannot be considered in a contextual vacuum. For example, in the United Kingdom, if an individual refuses to consent to a penile swab without "good cause", this can be used by the court or jury in determining whether that person is guilty of the offence charged (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 ("*P.A.C.E.*"), s. 62(10)). Further, while the United Kingdom allows these swabs to be taken only with consent, it allows for hair (other than pubic hair) and saliva samples to be taken without consent or a warrant, unlike in Canada (*P.A.C.E.*, s. 63). At bottom, while the majority of the Court in *Golden* found *P.A.C.E.* useful in the context of strip searches (para. 101), it does not follow that *P.A.C.E.*'s treatment of penile swabs — or any other type of search incident to arrest — reflects Canadian constitutional standards.

[57] Contrairement à ma collègue la juge Karakatsanis, je ne crois pas que l'approche suivie au Royaume-Uni soit particulièrement utile pour apprécier les intérêts en matière de respect de la vie privée qui sont en cause en l'espèce. Le régime en place dans ce pays s'applique dans un tout autre contexte, et comporte des règles différentes. L'examen du traitement accordé aux prélèvements par écouvillonnage du pénis au Royaume-Uni ne saurait se faire dans un vide contextuel. À titre d'exemple, lorsqu'une personne dans ce pays refuse sans [TRADUCTION] « motif valable » de consentir à un tel prélèvement, ce refus peut être utilisé par un tribunal ou un jury pour déterminer si elle est coupable de l'infraction reprochée (*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), par. 62(10)). De plus, bien que le Royaume-Uni n'autorise ce type de prélèvement que si l'accusé y consent, ce pays, contrairement au Canada, permet la prise d'échantillons de cheveux, de poils (autres que les poils pubiens) et de salive sans consentement ni mandat (loi *P.A.C.E.*, art. 63). En définitive, même si, dans *Golden*, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu à l'utilité de la loi *P.A.C.E.* dans le contexte des fouilles à nu (par. 101), il ne s'ensuit pas que le traitement réservé par cette loi aux prélèvements par écouvillonnage du pénis — ou à tout autre type de fouille accessoire à une arrestation — reflète les normes constitutionnelles canadiennes.

[58] On the other side of the ledger, a penile swab conducted incident to arrest can serve important law enforcement objectives.

[58] En revanche, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation peut permettre de réaliser d'importants objectifs d'application de la loi.

[59] Penile swabs performed incident to arrest enable the police to preserve important evidence. If this evidence is not promptly seized, it runs the risk of degrading or even worse, being destroyed by the accused. As my colleague Karakatsanis J. accepts, sexual assaults are notoriously difficult to prove (para. 107). This type of evidence is highly reliable. It can be crucial in the case of complainants who are unable to testify, such as children, adults with disabilities, or those who have died or suffered serious injuries as a result of the offence or otherwise (see, for example, the first complainant in *R. v. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). And of

[59] Il permet en effet aux policiers de préserver des éléments de preuve importants. Si de tels éléments de preuve ne sont pas saisis rapidement, ils risquent de se dégrader ou, encore pire, d'être détruits par l'accusé. Comme en convient ma collègue la juge Karakatsanis, prouver une agression sexuelle est une tâche notoirement difficile (par. 107). De tels éléments de preuve sont très fiables. Ils peuvent avoir une importance cruciale dans le cas des plaignants incapables de témoigner, comme les enfants, les adultes handicapés, ou encore les personnes qui sont décédées ou qui ont été gravement blessées par suite de l'infraction ou autrement (voir, par

course, a penile swab incident to arrest may serve, in the end, to exclude a particular suspect.

[60] The facts of this case demonstrate the usefulness of a penile swab performed incident to arrest. By taking the swab, the police obtained evidence which was highly probative of Mr. Saeed's involvement in the crime, and preserved evidence which might otherwise have been destroyed.

[61] At bottom, while there is no disputing that a penile swab intrudes on an accused's privacy, the intrusion is limited. In my view, it is not so substantial as to require the police to obtain consent or a warrant. Permitting these swabs to be taken only with the accused's consent — as in the United Kingdom — would strike an inappropriate balance in the Canadian context. It would countenance an approach that effectively disregards the interests of victims of sexual assault, where the evidence is most likely to be pertinent, and all but ignores the public interest in bringing sexual offenders to justice.

[62] The privacy interests here are similar to those implicated in strip searches, and they can be protected by a similar approach. Both strip searches and penile swabs involve law enforcement inspecting private areas of an accused's body. While a strip search does not always require touching of the accused's private areas, both strip searches and penile swabs can involve such contact (see *Golden*, at paras. 101 and 114; see also *R. v. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). The guidelines set out in *Golden* contemplate the touching of an accused's private areas to remove evidence or weapons (para. 101, see guideline 10). This process could certainly involve the exposure and possible manipulation of an accused's genitals, a potentially humiliating experience to be sure. Hence, the need for explicit guidelines designed to ensure, so far as

exemple, le cas de la première plaignante dans *R. c. Laporte*, 2016 MBCA 36, [2016] M.J. No. 104 (QL)). Enfin, il va de soi qu'un tel prélèvement peut également permettre d'écarter un suspect particulier.

[60] Les faits de la présente affaire illustrent l'utilité du prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à une arrestation. Grâce au prélèvement, les policiers ont obtenu des éléments de preuve d'une très grande valeur probante en ce qui concerne le rôle qu'a joué M. Saeed dans le crime, et ils ont préservé des éléments de preuve qui, autrement, auraient pu être détruits.

[61] Au fond, bien que nul ne conteste qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis porte atteinte à la vie privée de l'accusé, cette atteinte est limitée. À mon avis, celle-ci n'est pas grave au point d'obliger les policiers à obtenir le consentement de l'accusé ou un mandat. Le fait d'autoriser de tels prélèvements uniquement lorsque l'accusé y consent — comme au Royaume-Uni — n'établirait pas un juste équilibre dans le contexte canadien. Cela reviendrait à accepter une approche qui dans les faits ne tient aucun compte des intérêts des victimes d'agression sexuelle — alors que la preuve en question est très probablement pertinente —, et qui, pour ainsi dire, fait fi de l'intérêt du public à ce que les délinquants sexuels soient traduits en justice.

[62] Les intérêts en matière de vie privée en jeu en l'espèce sont semblables à ceux en cause dans les fouilles à nu, et ils peuvent être protégés suivant une approche similaire. Tant dans le cas d'une fouille à nu que dans celui d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, les autorités chargées d'appliquer la loi inspectent des parties intimes du corps de l'accusé. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire de toucher ces zones pour effectuer une fouille à nu, tant les fouilles à nu que les prélèvements par écouvillonnage du pénis peuvent comporter un tel contact (voir *Golden*, par. 101 et 114; voir aussi *R. c. Parchment*, 2015 BCCA 417, 378 B.C.A.C. 146). Les lignes directrices énoncées dans *Golden* prévoient le fait de toucher les parties intimes de l'accusé pour enlever des éléments de preuve ou des armes (par. 101, voir ligne directrice 10). Ce

possible, that the search is conducted in the least humiliating manner. So too, penile swabs must be conducted with the same care.

[63] As with strip searches, therefore, the common law must provide a means of preventing unjustified searches before they occur — to minimize the number of accused affected by this type of search — and a means of ensuring that when these searches do occur, they are conducted in a reasonable manner — to minimize the impact a swab can have on an accused who is subjected to one.

[64] The reasonable grounds standard and guidelines regarding the manner of taking the swab provide these two protections. The reasonable grounds standard prevents unjustified searches before they occur (*Golden*, at para. 89). It holds the police to a higher level of justification before they can take a penile swab, thereby limiting the number of cases in which accused persons will be required to expose their genitals for a swab. Detailed guidelines regarding the manner of taking the swab ensure that when a penile swab is taken, it is "conducted in a manner that interferes with the privacy and dignity of the person being searched as little as possible" (*Golden*, at para. 104). Both serve to protect the accused's privacy while ensuring the police are free to pursue the valid objective of preserving this highly probative, perishable evidence. These two modifications to the common law ensure that it is *Charter*-compliant, or in other words, that it is reasonable.

processus pourrait certainement comporter l'exposition et de possibles manipulations des organes génitaux de l'accusé, une expérience qui est certes potentiellement humiliante, d'où la nécessité d'établir des lignes directrices explicites visant à garantir que la fouille sera, autant que faire se peut, effectuée de la manière la moins humiliante possible. Les prélèvements par écouvillonnage du pénis doivent donc eux aussi être effectués avec la même prudence.

[63] En conséquence, comme c'est le cas pour les fouilles à nu, la common law doit fournir un moyen de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent — de façon à réduire au minimum le nombre d'accusés soumis au type de fouille en question — ainsi qu'un moyen de s'assurer que, lorsque de telles fouilles ont lieu, elles sont effectuées d'une manière non abusive — pour réduire au minimum l'incidence que peut avoir un écouvillonnage génital sur l'accusé soumis à un tel prélèvement.

[64] La norme des motifs raisonnables et les lignes directrices sur la manière d'effectuer le prélèvement confèrent ces deux protections. La norme des motifs raisonnables permet de prévenir les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent (*Golden*, par. 89). Elle assujettit les policiers à un degré de justification plus élevé avant qu'ils puissent procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis, ce qui a pour effet de limiter le nombre de cas où des accusés seront tenus d'exposer leurs organes génitaux aux fins d'un prélèvement. Des lignes directrices détaillées sur la façon de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis garantissent que, lorsqu'un tel prélèvement est effectué, il l'est « d'une manière qui porte le moins possible atteinte au droit à la vie privée et à la dignité de la personne qui y est soumise » (*Golden*, par. 104). Tant la norme des motifs raisonnables que les lignes directrices permettent de protéger la vie privée de l'accusé tout en permettant aux policiers de réaliser l'objectif valide que constitue la préservation de cette preuve d'une très grande valeur probante, mais hautement périssable. Ces deux modifications à la common law font en sorte que les prélèvements de ce type sont conformes à la *Charte* ou, autrement dit, qu'ils n'ont pas un caractère abusif.

[65] I would add that, in some ways, allowing the police to take a penile swab incident to arrest is more beneficial to an accused than requiring a warrant. If the police were required to obtain a warrant, during the time needed to obtain it, they would either have to keep the accused handcuffed without access to water or toilet facilities (perhaps for several hours) in order to preserve the evidence, or run the risk of the accused destroying the evidence. Realistically, the police are going to choose the former, leaving accused persons to wait for an indefinite period in an uncomfortable and potentially degrading position. On the other hand, if the police are able to exercise their common law power of search incident to arrest and take a swab promptly, the waiting time for an accused will be minimal. Looked at that way, a prompt swab would seem more humane than requiring an accused to wait for a warrant to issue.

[66] Mr. Saeed makes one further argument in favour of requiring a warrant. He says that because an accused's DNA is likely to be collected in the course of taking a penile swab, if the police are not required to obtain a warrant, there is nothing to prevent them from using penile swabs to obtain the accused's DNA, thereby avoiding *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*.

[67] In my view, this argument is flawed. *Stillman* continues to govern the procedure for seizing the accused's own bodily materials. The police must obtain consent or prior judicial authorization in order for evidence of the accused's DNA to be legally obtained. The police cannot use a penile swab incident to arrest to circumvent *Stillman* and the warrant procedures set out in the *Criminal Code*. If DNA of the accused is obtained through a penile swab and the swab was taken without a warrant authorizing

[65] J'ajouterais que, à certains égards, le fait de permettre aux policiers de prélever des échantillons par écouvillonnage du pénis accessoirement à l'arrestation comporte plus d'avantages pour l'accusé que celui d'exiger l'obtention d'un mandat. S'ils étaient tenus d'obtenir un mandat, les policiers devraient, pendant la période où ils doivent attendre celui-ci, garder l'accusé menotté et le priver (peut-être pendant plusieurs heures) d'eau et d'accès à des toilettes afin de préserver la preuve, ou prendre le risque que l'accusé détruise celle-ci. Il est réaliste de penser que les policiers choisiront la première méthode et laisseront l'accusé attendre pendant une période indéfinie dans une position inconfortable, voire humiliante. En revanche, si les policiers peuvent exercer leur pouvoir de common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation et ainsi prélever rapidement un échantillon par écouvillonnage du pénis, le temps d'attente de l'accusé sera minime. Envisagé sous cet angle, un prélèvement effectué rapidement semble une solution plus humaine que celle de contraindre l'accusé à attendre qu'un mandat ait été décerné.

[66] M. Saeed formule un autre argument en faveur de la solution requérant l'obtention d'un mandat. Selon l'appelant, comme l'ADN d'un accusé est susceptible d'être recueilli lors d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis, rien n'empêchera les policiers, si ceux-ci ne sont pas tenus d'obtenir un mandat, d'utiliser de tels prélèvements pour obtenir cette information, et de se soustraire ainsi à l'arrêt *Stillman* et aux procédures de délivrance de mandat énoncées au *Code criminel*.

[67] À mon avis, cet argument présente des failles. L'arrêt *Stillman* continue à régir la procédure relative à la saisie des substances corporelles de l'accusé lui-même. Les policiers doivent obtenir le consentement de l'accusé ou une autorisation judiciaire préalable pour pouvoir obtenir légalement des éléments de preuve relatifs à l'ADN de l'accusé. Ils ne peuvent utiliser le prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation pour contourner l'arrêt *Stillman* et les procédures de délivrance de

such seizure, or the accused's consent, the accused's DNA cannot be used for any purpose.

[68] If Mr. Saeed's argument were to be accepted, swabs of an accused's person incident to arrest would never be permitted. Lower courts have held — and Mr. Saeed appears to accept — that the police may dab or swab an accused's hands incident to arrest to check for gunshot residue or to obtain a sample of blood visible on the accused's skin (see, for example, *R. v. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), at paras. 139-45; *R. v. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (S.C.J.)). Either of these procedures might enable the police to obtain the accused's DNA, but the police are not entitled to use them for that purpose.

[69] Similarly, the police are entitled to seize evidence found on the accused during a reasonable strip search incident to arrest, such as the bag found between the accused's buttocks in *Golden*. The police could in theory test such evidence to obtain the accused's DNA. But if the police were to use a strip search to obtain the accused's DNA, they would clearly be in violation of the accused's s. 8 rights.

[70] I add this final point on warrants. I recognize that the question of whether the police can obtain a warrant to take a penile swab is not settled. The only possible source of authorization at present is the general warrant provision in s. 487.01 of the *Criminal Code*. But this warrant power cannot "be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person" (s. 487.01(2)). "Bodily integrity" is not defined in the *Criminal Code*, and this Court has not defined it in the context of s. 487.01(2). Clearly, a strong argument can be made that taking a penile swab interferes with an accused's "bodily integrity".

mandat énoncées au *Code criminel*. Si l'ADN de l'accusé est obtenu au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué sans mandat autorisant une telle fouille, ou sans le consentement de l'accusé, l'ADN en question ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit.

[68] Si l'argument de M. Saeed était retenu, les prélèvements effectués sur la personne de l'accusé accessoirement à une arrestation ne seraient jamais autorisés. Les juridictions inférieures ont décidé — et M. Saeed semble reconnaître — que les policiers peuvent, au moyen d'un tampon ou d'un coton-tige, effectuer un prélèvement sur les mains de l'accusé accessoirement à une arrestation afin de vérifier la présence de résidus de poudre ou pour recueillir un échantillon de sang visible sur la peau de l'accusé (voir, par exemple, les décisions *R. c. Backhouse* (2005), 194 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), par. 139-145, et *R. c. Smyth*, [2006] O.J. No. 5527 (QL) (C.S.J.)). L'une ou l'autre de ces procédures pourrait permettre aux policiers de recueillir l'ADN de l'accusé, mais ils n'ont pas le droit de les utiliser à cette fin.

[69] De même, les policiers sont autorisés à saisir des éléments de preuve trouvés sur l'accusé au cours d'une fouille à nu non abusive effectuée accessoirement à une arrestation, éléments tel le sachet trouvé entre les fesses de l'accusé dans l'arrêt *Golden*. Les policiers pourraient, en théorie, faire analyser ces éléments de preuve pour obtenir l'ADN de l'accusé. Cependant, s'ils utilisaient la fouille à nu à cette fin, les policiers contreviendraient clairement aux droits que garantit l'art. 8 à l'accusé.

[70] J'ajouterai un dernier point en ce qui concerne les mandats. Je reconnais que la question de savoir si les policiers peuvent obtenir un mandat pour procéder à un prélèvement par écouvillonnage du pénis n'est pas réglée. La seule source possible d'autorisation à l'heure actuelle est la disposition relative au mandat général énoncée à l'art. 487.01 du *Code criminel*. Mais ce pouvoir d'accorder un mandat n'a pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne » (par. 487.01(2)). L'« intégrité physique » n'est pas définie dans le *Code criminel*, et la Cour n'a pas défini cette notion

At the same time, some courts have upheld general warrants for photographs of an accused's genital or anal areas, including situations where the taking of the photographs has required touching or manipulation of the accused's private areas (see, for example, *R. v. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, at para. 48; *R. v. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, at para. 4 (CanLII)). At the very least, there is a lack of clarity regarding the availability of a general warrant in these circumstances (*Laporte*, at para. 65).

[71] Assuming for argument's sake that at present, a warrant authorizing the taking of a penile swab is not available, my conclusion would not change. It is true that if no warrant is available, the indignity occasioned to an accused while waiting for a warrant and the possibility that the evidence might degrade or be destroyed during this time frame cannot be relied upon to support the police common law power of search incident to arrest. But the unavailability of a warrant in no way precludes the operation of the common law power of search incident to arrest (*Fearon*, at paras. 16 and 45). In *Golden*, the unavailability of a warrant did not prevent the Court from holding that strip searches can be conducted as an incident of arrest in appropriate circumstances. Importantly, while the Court noted that there were a few legislative provisions governing searches of the person, these provisions were "directed at the circumstances under which particular types of evidence may be obtained from a person" and they did not address "the scope of police powers to conduct personal searches for evidence or weapons incident to arrest" (para. 85). Absent legislative guidance, it fell to the Court "to determine the scope of the common law power to search as an incident to arrest, and what the limits are to this power in the context of strip searches" (*Golden*, at para. 85).

dans le contexte du par. 487.01(2). De toute évidence, il y a de bonnes raisons de soutenir qu'un tel prélèvement porte atteinte à l'« intégrité physique » de l'accusé. Par ailleurs, certains tribunaux ont confirmé la validité de mandats généraux autorisant la photographie des parties génitales ou anales de l'accusé, y compris dans des situations où il fallait, pour ce faire, toucher ou manipuler les parties intimes de celui-ci (voir, par exemple, *R. c. H. (T.G.)*, 2014 ONCA 460, 120 O.R. (3d) 581, par. 48; *R. c. H.-G.*, 2005 QCCA 1160, par. 4 (CanLII)). Il existe à tout le moins de l'incertitude relativement à la question de savoir si un mandat général peut être obtenu en pareilles circonstances (*Laporte*, par. 65).

[71] À supposer, pour les besoins de l'analyse, qu'un mandat autorisant le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage du pénis ne peut être décerné à l'heure actuelle, ma conclusion reste la même. Il est vrai que, s'il est impossible d'obtenir un mandat, l'atteinte causée à la dignité de l'accusé pendant qu'on attend le mandat et la possibilité que la preuve se dégrade ou soit détruite pendant cette période ne sauraient être invoquées pour justifier l'exercice du pouvoir conféré aux policiers par la common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation. Mais cela n'empêche aucunement l'application du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation (*Fearon*, par. 16 et 45). Dans *Golden*, le fait qu'un mandat ne pouvait être décerné n'a pas empêché la Cour de conclure que les fouilles à nu peuvent être effectuées accessoirement à l'arrestation lorsque les circonstances s'y prêtent. Fait important, bien que la Cour ait souligné qu'il existait quelques dispositions législatives régissant les fouilles personnelles, ces dispositions « vis[aient] les circonstances dans lesquelles il [était] possible d'obtenir d'une personne des types précis d'éléments de preuve » et n'avaient pas trait à « la portée des pouvoirs de la police d'effectuer des fouilles personnelles accessoires à une arrestation à la recherche d'éléments de preuve ou d'armes » (par. 85). En l'absence de directives législatives, il incombait à la Cour « de déterminer la portée du pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à une arrestation, ainsi que les limites applicables à ce pouvoir dans le contexte des fouilles à nu » (*Golden*, par. 85).

[72] In the end, while I have not found it necessary to decide whether a warrant is available, Parliament might wish to establish an express, comprehensive legislative regime for these and other intrusive searches, such as body cavity searches, to provide greater direction to the police. The common law power of search incident to arrest, as modified in these reasons, is not the only solution.

[72] En fin de compte, bien que je ne croie pas qu'il soit nécessaire de décider s'il est possible ou non d'obtenir un mandat, le législateur pourrait vouloir établir un régime législatif explicite et complet à l'égard de ces fouilles et des autres fouilles envahissantes — par exemple l'examen des cavités corporelles — afin de fournir davantage de directives à la police. Le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, tel qu'il a été modifié dans les présents motifs, n'est pas l'unique solution.

C. *Requirements for Conducting a Valid Penile Swab Incident to Arrest*

C. *Conditions requises pour effectuer validement un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation*

[73] I turn now to the requirements for taking a penile swab incident to arrest.

[73] Je vais maintenant examiner les exigences applicables lorsqu'il s'agit d'effectuer un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation.

[74] First, as with every search incident to arrest, the arrest itself must be lawful. The swab must be truly incident to the arrest, in the sense that the swab must be related to the reasons for the arrest, and it must be performed for a valid purpose. The valid purpose will generally be to preserve or discover evidence (*Caslake*, at para. 19).

[74] Premièrement, comme c'est le cas pour toute fouille accessoire à une arrestation, l'arrestation elle-même doit être légale. Le prélèvement doit être véritablement accessoire à l'arrestation, en ce sens qu'il doit avoir un lien avec les motifs de l'arrestation et viser un objectif valable. Un tel objectif consistera généralement à préserver ou à découvrir des éléments de preuve (*Caslake*, par. 19).

[75] Second, the police must also have reasonable grounds to believe that a penile swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested. These grounds are not to be confused with the reasonable grounds required for the arrest. They are independent. Whether reasonable grounds have been established will vary with the facts of each case. Relevant factors include the timing of the arrest in relation to the alleged offence, the nature of the allegations, and whether there is evidence that the substance being sought has already been destroyed.

[75] Deuxièmement, la police doit aussi avoir des motifs raisonnables de croire qu'un prélèvement par écouvillonnage du pénis fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté. Il ne faut pas confondre ces motifs avec les motifs raisonnables requis pour procéder à l'arrestation. Ils sont indépendants les uns des autres. La réponse à la question de savoir si on a établi l'existence de motifs raisonnables variera selon les faits de chaque affaire. Les facteurs pertinents sont notamment le moment choisi pour procéder à l'arrestation eu égard à l'infraction reprochée, la nature des allégations et la question de savoir si des éléments de preuve indiquent que la substance recherchée a déjà été détruite.

[76] For example, the police will generally lack reasonable grounds if the alleged sexual offence did

[76] À titre d'exemple, la police n'aura généralement pas de motifs raisonnables de procéder à un

not involve contact between the suspect's penis and the complainant. Similarly, if the suspect is arrested several days after the alleged offence, the police will probably lack reasonable grounds because it is likely that the evidence will have degraded or been wiped or washed away in the interim.

[77] To be clear, meeting the reasonable grounds standard is more than a mere pro forma exercise. The potential for destruction or degradation of the complainant's DNA will always be a concern in this context. The greater the time frame between the alleged offence and the swab, the more difficult it will be for the police to establish reasonable grounds for believing that the swab will afford evidence of the offence for which the accused was arrested.

[78] Finally, the penile swab must be conducted in a reasonable manner. Above all, the police must take care to respect the privacy of the accused. To this end, I would outline a number of factors to guide police in conducting penile swabs incident to arrest reasonably:

1. The penile swab should, as a general rule, be conducted at the police station;

2. The swab should be conducted in a manner that ensures the health and safety of all involved;

3. The swab should be authorized by a police officer acting in a supervisory capacity;

4. The accused should be informed shortly before the swab of the nature of the procedure for taking the swab, the purpose of taking the swab, and the authority of the police to require the swab;

5. The accused should be given the option of removing his clothing and taking the swab himself,

prélèvement par écouvillonnage du pénis si l'infraction d'ordre sexuel reprochée ne comportait pas de contact entre le pénis du suspect et le plaignant. De même, si le suspect est arrêté plusieurs jours après l'infraction reprochée, la police n'aura probablement pas de motifs raisonnables d'effectuer un tel prélèvement, car la preuve est susceptible de s'être dégradée ou d'avoir été essuyée ou lavée dans l'intervalle.

[77] En clair, la démonstration requise pour satisfaire à la norme des motifs raisonnables n'est pas qu'une simple formalité. Le risque de destruction ou de dégradation de l'ADN du plaignant constitue toujours une préoccupation dans un tel contexte. Plus il se sera écoulé de temps entre l'infraction reprochée et le prélèvement, plus il sera difficile pour les policiers d'établir qu'ils ont des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournira des éléments de preuve de l'infraction pour laquelle l'accusé a été arrêté.

[78] Enfin, le prélèvement par écouvillonnage du pénis doit être effectué d'une manière non abusive. La police doit avant tout veiller à respecter la vie privée de l'accusé. À cette fin, j'aimerais énoncer un certain nombre de facteurs afin d'aider les policiers à procéder d'une manière non abusive à un tel prélèvement accessoirement à une arrestation :

1. Le prélèvement par écouvillonnage du pénis devrait, en règle générale, être effectué au poste de police.

2. Le prélèvement devrait être effectué d'une façon qui protège la santé et la sécurité de toutes les personnes en jeu.

3. Le prélèvement devrait être autorisé par un agent de police agissant en qualité d'officier supérieur.

4. L'accusé devrait, peu de temps avant le prélèvement, être informé de la nature de la procédure employée pour le recueillir, du but de celui-ci et du pouvoir autorisant les policiers à l'exiger.

5. L'accusé devrait avoir la possibilité d'enlever ses vêtements et d'effectuer le prélèvement

and if he does not choose this option, the swab should be taken or directed by a trained officer or medical professional, with the minimum of force necessary;

6. The police officer(s) carrying out the penile swab should be of the same gender as the individual being swabbed, unless the circumstances compel otherwise;

7. There should be no more police officers involved in the swab than are reasonably necessary in the circumstances;

8. The swab should be carried out in a private area such that no one other than the individuals engaged in the swab can observe it;

9. The swab should be conducted as quickly as possible and in a way that ensures that the person is not completely undressed at any one time; and

10. A proper record should be kept of the reasons for and the manner in which the swabbing was conducted.

[79] Some of these factors require further explanation. As with strip searches, penile swabs should generally be performed at the police station. This requirement is even stricter for penile swabs than strip searches. Safety concerns may justify a strip search for weapons in the field. Safety concerns are highly unlikely to justify a penile swab in the field. However, I would not rule out the possibility that a penile swab may reasonably be performed in another suitable location, such as a hospital, if there is some valid reason for doing so.

[80] The police may use force in taking a penile swab incident to arrest, but only if the force used is "necessary and proportional in the specific

lui-même, et, s'il ne choisit pas cette solution, le prélèvement devrait être effectué ou supervisé par un agent ou un professionnel de la santé qualifié, en ne faisant usage que de la force minimale nécessaire.

6. Le ou les agents de police chargés du prélèvement devraient être du même sexe que la personne qui y est soumise, à moins que les circonstances ne le permettent absolument pas.

7. Le nombre de policiers participant au prélèvement devrait se limiter à ce qui est raisonnablement nécessaire dans les circonstances.

8. Le prélèvement devrait être effectué dans un endroit privé où personne ne pourra l'observer, sauf les personnes chargées d'y procéder.

9. Le prélèvement devrait être effectué le plus rapidement possible et de telle manière que la personne ne soit jamais complètement nue.

10. Un procès-verbal faisant état des motifs et des modalités d'exécution du prélèvement devrait être dressé.

[79] Certains de ces facteurs requièrent davantage d'explications. Comme pour les fouilles à nu, les prélèvements par écouvillonnage du pénis devraient en règle générale être effectués au poste de police. Cette exigence est même plus stricte dans le cas des prélèvements par écouvillonnage du pénis que dans celui des fouilles à nu. Des préoccupations relatives à la sécurité peuvent justifier d'effectuer une fouille à nu sur le terrain pour trouver des armes. Or il est fort peu probable que de telles préoccupations justifient de procéder sur le terrain à un prélèvement par écouvillonnage du pénis. Cependant, je n'exclus pas la possibilité qu'un tel prélèvement puisse être effectué d'une manière non abusive dans un autre lieu approprié, un hôpital par exemple, si des raisons valables le justifient.

[80] Les policiers peuvent recourir à la force lorsqu'ils procèdent à un prélèvement par écouvillonnage du pénis accessoirement à une arrestation,

circumstances" (*Golden*, at para. 116). In other words, as with strip searches, if the accused resists the swab, the police may only use the minimum amount of force necessary to obtain it. The fact that an accused resists does not entitle the police "to engage in behaviour that disregards or compromises his or her physical and psychological integrity and safety" (*Golden*, at para. 116).

[81] As a general rule, the police must explain to the accused the procedure for taking a swab before it is taken, to ensure the accused understands the nature of the procedure and the steps it involves. Reviewing the procedure with the accused in advance can only help to keep the procedure quick and efficient. Giving the accused the option of taking the swab himself enables the accused to minimize the intrusiveness of the swab. A detailed record of how the swab was conducted is important for after-the-fact review of these searches to be effective (*Fearon*, at para. 82). And it is likely to focus police officers' attention on whether their conduct is reasonable (*Fearon*, at para. 82).

[82] These factors require the police to take great care in performing a penile swab and will often ensure that the swab is performed in a reasonable manner. But they will not be determinative in every case. As this Court observed in *Golden*, the greater the intrusion on the accused's privacy, the higher the degree of justification required before the search may be carried out, and the greater the constraints there will be as to the manner in which it may be performed (para. 87). The same logic applies here. My colleague Karakatsanis J. raises the concern that a "genital swab is even more intrusive in the context of a female individual" (para. 101). These reasons should not be taken as deciding the question of whether a penetrative swab performed in accordance with the common law police power of search incident to arrest would be reasonable and therefore *Charter*-compliant. They are restricted to

mais seulement si la force employée est « nécessaire et proportionné[e] dans les circonstances particulières de l'affaire » (*Golden*, par. 116). Autrement dit, tout comme pour les fouilles à nu, si l'accusé résiste au prélèvement, les policiers ne peuvent employer que la force minimale nécessaire pour effectuer celui-ci. Le fait qu'un accusé résiste n'autorise pas les policiers « à recourir à un comportement qui ne respecte pas ou compromet l'intégrité physique et psychologique et la sécurité de cette personne » (*Golden*, par. 116).

[81] En règle générale, avant de procéder au prélèvement, les policiers doivent expliquer à l'accusé la procédure qui sera employée, afin de s'assurer qu'il en comprend la nature et les différentes étapes. Le fait de passer la procédure en revue au préalable avec l'accusé ne peut que contribuer à son déroulement rapide et efficace. Offrir à l'accusé la possibilité d'effectuer lui-même le prélèvement permet de réduire au minimum le caractère envahissant de l'intervention. Un compte rendu détaillé de la manière dont le prélèvement a été effectué est important pour l'efficacité du contrôle après le fait de telles fouilles (*Fearon*, par. 82). Et une telle mesure amènera probablement les policiers à se concentrer sur la question de savoir si leur conduite est non abusive (*Fearon*, par. 82).

[82] Ces facteurs obligent les policiers à faire preuve d'une grande prudence lorsqu'ils effectuent un prélèvement par écouvillonnage du pénis et permettront souvent de faire en sorte que celui-ci soit réalisé de manière non abusive. Ils ne seront toutefois pas déterminants dans tous les cas. Comme l'a fait remarquer la Cour dans *Golden*, plus l'atteinte à la vie privée de l'accusé sera grande, plus élevé sera le degré de justification requis pour pouvoir procéder à la fouille, et plus serrées seront les contraintes qui s'appliqueront quant à la manière dont celle-ci pourra être effectuée (par. 87). La même logique vaut en l'espèce. Ma collègue la juge Karakatsanis s'inquiète du fait que le « prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme » (par. 101). Il ne faut pas considérer que les présents motifs décident de la question de savoir

genital swabs conducted on the outer surface of the skin.

[83] At bottom, whether a particular penile swab incident to arrest complies with s. 8 will depend on the facts of the case. The onus is on the Crown to establish that the police had reasonable grounds to believe the swab would reveal the evidence sought and that the swab was conducted in a reasonable manner.

V. Application

[84] In light of the requirements set out above, taking the penile swab did not violate Mr. Saeed's rights under s. 8 of the *Charter*.

[85] There is no question that Mr. Saeed was validly arrested. And as indicated, the swab was performed for a valid purpose related to Mr. Saeed's arrest: preserving evidence of the sexual assault for which Mr. Saeed was arrested. The only questions remaining are whether the police had reasonable grounds to believe the swab would afford the evidence sought, and whether the swab was taken in a reasonable manner.

A. *The Police Had Reasonable Grounds*

[86] The police had the required reasonable grounds. The nature of the allegations gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed's penis during the assault. And the timing of the swab — within several hours of the assault — gave the police reasonable grounds to believe that the complainant's DNA was still there at the time of the swab. The police had no reason to think that Mr. Saeed had taken steps to destroy the evidence, especially given that he was in

si un prélèvement nécessitant l'introduction de quoi que ce soit dans le corps, effectué conformément au pouvoir que la common law confère aux policiers de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation, serait non abusif et, partant, conforme à la *Charte*. Ceux-ci s'appliquent uniquement aux prélèvements par écouvillonnage génital effectués sur la surface extérieure de la peau.

[83] Au fond, la question de savoir si un prélèvement par écouvillonnage effectué sur un pénis accessoirement à une arrestation respecte l'art. 8 dépendra des faits de chaque affaire. Il incombe au ministère public d'établir que la police avait des motifs raisonnables de croire que le prélèvement révélerait les éléments de preuve recherchés et qu'il a été effectué d'une manière non abusive.

V. Application

[84] À la lumière des exigences susmentionnées, le prélèvement par écouvillonnage du pénis auquel a été soumis M. Saeed n'a pas porté atteinte aux droits garantis à ce dernier par l'art. 8 de la *Charte*.

[85] La validité de l'arrestation de M. Saeed ne fait aucun doute. De plus, comme nous l'avons vu, le prélèvement avait un objectif valable lié à cette arrestation : préserver des éléments de preuve relatifs à l'agression sexuelle pour laquelle M. Saeed a été arrêté. Les seules questions qui restent à trancher sont celles de savoir si les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait les éléments de preuve recherchés et si celui-ci a été effectué d'une manière non abusive.

A. *La police avait les motifs raisonnables requis*

[86] Les policiers avaient les motifs raisonnables requis pour effectuer le prélèvement par écouvillonnage du pénis. De par la nature des allégations, ils possédaient des motifs raisonnables de croire qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur le pénis de M. Saeed durant l'agression. Et, en raison du moment auquel a été effectué le prélèvement — dans les quelques heures ayant suivi l'agression —, ils avaient des motifs raisonnables de croire que cet ADN s'y trouvait encore. Les policiers n'avaient

police custody for most of the time following the assault.

[87] Mr. Hunter's expert opinion evidence confirmed the reasonableness of the officers' belief that the complainant's DNA had transferred to Mr. Saeed, and would likely still be there at the time of the swab. I would emphasize that the issue at this stage is not whether the police knew the science behind DNA degradation testified to by the Crown's expert, Mr. Hunter. The police are not required to know to a scientific degree of certainty that evidence of the complainant's DNA will be found on an accused's penis in order to justify a swab. Rather, the issue is whether, when they took the sample, the police had reasonable grounds to believe that evidence of the complainant's DNA would be found on Mr. Saeed's penis.

B. *The Swab Was Conducted in a Reasonable Manner*

[88] The Crown has established that the swab was performed in a reasonable manner. In short, the police officers involved in the swab were sensitive to the need to preserve Mr. Saeed's privacy and dignity.

[89] Mr. Saeed was informed in advance of the procedure for taking the swab and the purpose of the swab. The swab itself was conducted quickly, smoothly, and privately. The swab took at most two minutes. Mr. Saeed took the swab himself. There was no physical contact between the officers and Mr. Saeed. The officers involved took detailed notes regarding the reasons for and the process of taking the swab.

[90] While the process of taking a penile swab from Mr. Saeed intruded on Mr. Saeed's privacy, it did not fundamentally violate his human dignity. Far from it. The police conducted a well-grounded search incident to a valid arrest. They took care to

aucune raison de croire que M. Saeed avait pris des mesures pour détruire la preuve, d'autant plus que celui-ci avait passé le plus clair de son temps sous garde policière après l'agression.

[87] Le témoignage d'expert de M. Hunter a confirmé le caractère raisonnable de la croyance des policiers qu'il y avait eu transfert de l'ADN de la plaignante sur M. Saeed, et qu'il s'y trouverait probablement encore au moment du prélèvement. Je tiens à souligner qu'il ne s'agit pas à ce stade de déterminer si les policiers connaissaient les principes scientifiques concernant la dégradation de l'ADN dont a parlé l'expert du ministère public, M. Hunter, dans son témoignage. Pour justifier un prélèvement, les policiers ne sont pas tenus de savoir avec un degré de certitude scientifique que des preuves de l'ADN du plaignant se trouvent sur le pénis de l'accusé. La question est plutôt de savoir si, lorsqu'ils ont prélevé l'échantillon, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que des preuves de l'ADN de la plaignante se trouvaient sur le pénis de M. Saeed.

B. *Le prélèvement a été effectué de manière non abusive*

[88] Le ministère public a établi que le prélèvement avait été effectué de manière non abusive. En bref, les policiers chargés du prélèvement ont été sensibles au besoin de préserver la vie privée et la dignité de M. Saeed.

[89] M. Saeed a été informé à l'avance de la procédure employée pour obtenir le prélèvement ainsi que de l'objectif de celui-ci. Le prélèvement lui-même s'est déroulé rapidement, sans difficulté et en privé. Il a duré tout au plus deux minutes. M. Saeed l'a effectué lui-même. Il n'y a eu aucun contact physique entre les policiers et M. Saeed. Les policiers en cause ont pris des notes détaillées au sujet des motifs du prélèvement et du processus suivi pour l'obtenir.

[90] Bien que le processus de prélèvement par écouvillonnage du pénis de M. Saeed ait constitué une atteinte à sa vie privée, il n'a pas violé de manière fondamentale sa dignité humaine. Loin de là. Les policiers ont effectué une fouille légitime

minimize the intrusion on Mr. Saeed's privacy. I therefore conclude that the search did not breach Mr. Saeed's s. 8 *Charter* rights.

VI. Conclusion

[91] For the reasons set out above, the penile swab taken incident to Mr. Saeed's arrest did not violate his right under s. 8 of the *Charter* to be secure against unreasonable search and seizure. The police had reasonable grounds to believe that the swab would afford evidence of the complainant's DNA, and they conducted the swab in a reasonable manner. The evidence from the penile swab was therefore properly admitted at trial. Accordingly, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[92] Karakatsanis J. — How we treat those suspected of serious criminal offences says a great deal about the values of our free and democratic society. This case is no exception. My colleague Moldaver J. concludes that the common law should empower police to swab a person's genitals on arrest — without a warrant. Given the profound impact such state conduct can have on an individual's privacy and human dignity, I cannot agree.

[93] Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* balances an individual's interest in privacy with the state's interest in investigating and prosecuting crime. While the state's interest in obtaining probative evidence is undeniably important, a genital swab represents a profound affront to individual privacy and human dignity. Obviously, a genital swab cannot be taken without exposing, touching and manipulating the genitals, the most private area of the body, in the presence of others. Regardless of whether it can be lawfully used, a

accessoirement à une arrestation valide. Ils ont pris soin de réduire au minimum l'atteinte à la vie privée de M. Saeed. Je conclus donc que cette fouille n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 8 de la *Charte* garantit à M. Saeed.

VI. Conclusion

[91] Pour les motifs exposés ci-dessus, le prélèvement par écouvillonnage du pénis effectué accessoirement à l'arrestation de M. Saeed n'a pas violé le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que le prélèvement fournirait des preuves de l'ADN de la plaignante, et ils ont effectué ce prélèvement de manière non abusive. La preuve provenant du prélèvement par écouvillonnage du pénis a donc été admise à bon droit au procès. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[92] La juge Karakatsanis — La façon dont nous traitons les personnes soupçonnées d'infractions criminelles graves en dit long sur les valeurs de notre société libre et démocratique. La présente affaire ne fait pas exception. Mon collègue le juge Moldaver conclut que la common law devrait habiliter les policiers à effectuer des prélèvements sur les parties génitales d'une personne lors de son arrestation — sans être tenus d'obtenir un mandat. Vu l'impact profond qu'une telle conduite de l'État peut avoir sur la vie privée et la dignité d'une personne, je ne puis me rallier à cette conclusion.

[93] L'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* met en équilibre l'intérêt d'une personne au respect de sa vie privée et celui de l'État à enquêter sur les crimes et à poursuivre leurs auteurs. Malgré l'importance indéniable de l'intérêt qu'a l'État à recueillir des éléments de preuve probants, un écouvillonnage génital constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne. Il est évident qu'on ne peut procéder à un tel prélèvement sur une personne sans, pour ce faire, exposer, toucher et manipuler ses organes génitaux — la

genital swab also gives the police a sample which contains the individual's DNA. It is difficult to conceive of a more personal or private interest in our bodies.

[94] As a result, I conclude the common law power of search incident to arrest does not authorize the police to take genital swabs. Since the penile swab taken from Mr. Saeed was not authorized by law, it was unreasonable and in violation of s. 8 of the *Charter*.

[95] However, on balance, I agree with the courts below that the evidence obtained in breach of the *Charter* was nonetheless admissible under s. 24(2).

I. Analysis: Section 8

[96] Section 8 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure."

[97] The common law authorizes the police to search an individual incident to arrest; however, this power is an exception to the general rule that a warrantless search is presumptively unreasonable (*R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 13). Although the precise limits of this common law power are not defined, that does not mean the power is unlimited (*Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 186). It must evolve in a way that is consistent with *Charter* principles, particularly the *Charter* right to be free from unreasonable search and seizure (*Cloutier*, at p. 184; *R. v. Golden*, 2001 SCC 83, [2001] 3 S.C.R. 679, at paras. 86-87). In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, Cory J. emphasized the importance of placing limits on the power of search incident to arrest:

When [the police] are carrying out their duties as highly respected and admired agents of the state they must respect the dignity and bodily integrity of all who are arrested. The

région la plus intime de son corps — en présence d'autres personnes. Indépendamment de la question de savoir si un tel prélèvement peut ou non être légalement utilisé, il fournit aux policiers un échantillon contenant aussi l'ADN de cette personne. Il est difficile d'imaginer intérêt plus personnel ou privé appartenant à une personne à l'égard de son corps.

[94] En conséquence, je conclus que le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law n'autorise pas les policiers à prélever des échantillons par écouvillonnage génital. Comme le prélèvement effectué sur le pénis de M. Saeed n'était pas autorisé par une règle de droit, il était abusif et contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

[95] Cependant, tout bien considéré, à l'instar des juridictions inférieures, je suis d'avis que la preuve obtenue en violation de la *Charte* pouvait néanmoins être utilisée en vertu du par. 24(2).

I. Analyse : art. 8

[96] L'article 8 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. »

[97] La common law autorise les policiers à fouiller une personne accessoirement à son arrestation; ce pouvoir constitue toutefois une exception à la règle générale selon laquelle une fouille sans mandat est présumée abusive (*R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 13). Bien que les limites de ce pouvoir de common law ne soient pas définies avec précision, il n'est pas pour autant illimité (*Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, p. 186). Il doit évoluer d'une manière compatible avec les principes consacrés par la *Charte*, en particulier le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (*Cloutier*, p. 184; *R. c. Golden*, 2001 CSC 83, [2001] 3 R.C.S. 679, par. 86-87). Dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, le juge Cory a souligné l'importance de limiter le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation :

Dans l'exercice de leurs fonctions de mandataires de l'État très respectés et admirés, [les policiers] doivent respecter la dignité et l'intégrité physique de tous ceux

treatment meted out by agents of the state to even the least deserving individual will often indicate the treatment that all citizens of the state may ultimately expect. Appropriate limits to the power of search incidental to arrest must be accepted and respected. [Emphasis added; para. 47.]

[98] Thus, some kinds of searches fall outside the scope of the common law power of search incident to arrest because they do not reflect a reasonable balance between the individual's interest in preserving dignity and privacy and the state's interest in investigating crime. The issue in this appeal is whether expanding the common law to permit the police to take genital swabs incident to arrest would strike a reasonable balance between these competing individual and state interests.

[99] In *Stillman*, this Court held that mouth swabs, dental impressions and hair samples cannot be taken as part of searches incident to arrest because they represent too great an infringement of bodily integrity and affront to privacy and dignity. Although *Stillman* did not deal with genital swabs, the principles animating the decision suggest that it would also not be a reasonable balancing of interests for the common law to authorize genital swabs.

[100] As Moldaver J. acknowledges, genital swabs represent a significant interference with individual dignity and privacy. He concludes, however, that the seizures at issue in *Stillman* are more physically intrusive than genital swabs. He suggests that a genital swab can be conducted in a matter of minutes, touches only the individual's outer skin, does not cause pain or physical discomfort, and does not pose any risk to the individual's health. He concludes that dental impressions and hair samples are actually *more* physically invasive than genital swabs: dental impressions because they can take up to two hours

qu'ils arrêtent. Le traitement que des mandataires de l'État réservent même à l'individu le moins digne d'égards sera souvent une indication du traitement que tous les citoyens de l'État peuvent s'attendre à recevoir en fin de compte. Des limites appropriées doivent être acceptées et respectées en ce qui concerne le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation. [Je souligne; par. 47.]

[98] Par conséquent, certains types de fouilles échappent à l'application du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law, parce que ces fouilles ne reflètent pas un équilibre raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la protection de sa dignité et de sa vie privée et l'intérêt de l'État à enquêter sur les crimes. Le pourvoi soulève la question de savoir si le fait d'élargir la common law de manière à autoriser les policiers à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital accessoirement à une arrestation permettrait d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts opposés.

[99] Dans l'arrêt *Stillman*, notre Cour a jugé que des prélèvements buccaux, des empreintes dentaires et des échantillons de cheveux et de poils ne peuvent être pris à l'occasion de fouilles accessoires à l'arrestation, parce qu'il s'agit d'une atteinte trop grave à l'intégrité physique, à la vie privée et à la dignité de la personne. Même si l'affaire *Stillman* ne portait pas sur des prélèvements par écouvillonnage génital, les principes sur lesquels repose cette décision tendent à indiquer que le fait d'autoriser de tels prélèvements en vertu de la common law ne permettrait pas non plus d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts en cause.

[100] Comme le reconnaît le juge Moldaver, les prélèvements par écouvillonnage génital représentent une atteinte importante à la dignité et à la vie privée de la personne. Il conclut toutefois que les saisies en cause dans *Stillman* ont un caractère plus envahissant physiquement que ces prélèvements. Ceux-ci, affirme-t-il, ne requièrent que quelques minutes, ne touchent que la surface extérieure de la peau des personnes qui y sont soumises, ne provoquent pas de douleur ou d'inconfort physique, et ne présentent aucun risque pour la santé de ces personnes. À son avis, la prise d'empreintes

to create; hair samples, one infers, because they can cause some pain to remove.

[101] I cannot agree. A swab of the genital area is far more damaging to personal dignity and privacy than a swab of the inside of the mouth or a pluck of hair from the head. In ideal circumstances a genital swab may take only a few minutes, but it still requires an individual to expose and manipulate his or her genitals in the presence of other persons. If the individual resists the swab, the process can be more protracted and especially invasive.[1] A genital swab is even more intrusive in the context of a female individual. Genital swabs are substantially more invasive and dehumanizing than mouth swabs, hair samples and dental impressions.

[102] Moldaver J. further distinguishes *Stillman* on the basis that there is no informational privacy at stake here because it is not the purpose of a genital swab to collect biographical information from the individual. Rather it is to test for the presence of the DNA of another person — the victim of a sexual assault. However, the Court in *Stillman* was concerned about far more than informational privacy in one's own DNA. The main principle animating *Stillman* was a concern to protect human dignity, which — whatever the degree of informational privacy at stake — is all the more pronounced in the case of genital swabs.

[1] See, for instance, *R. v. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils a dans les faits un caractère *plus* envahissant physiquement qu'un prélèvement par écouvillonnage génital : les empreintes dentaires, parce que leur création peut prendre jusqu'à deux heures, et les échantillons de cheveux et de poils, on suppose, parce que leur prélèvement est susceptible d'être douloureux.

[101] Je ne suis pas d'accord. Un prélèvement effectué dans la région génitale constitue une atteinte beaucoup plus importante à la dignité et à la vie privée de la personne qu'un prélèvement buccal ou que le fait d'arracher des cheveux sur la tête d'une personne. Dans des circonstances idéales, un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite que quelques minutes, mais il exige néanmoins que l'individu visé expose et manipule ses organes génitaux en présence d'autres personnes. Si celui-ci résiste au prélèvement, le processus peut être plus long et particulièrement envahissant[1]. Un prélèvement par écouvillonnage génital est encore plus envahissant lorsque la personne qui y est soumise est une femme. De tels prélèvements sont considérablement plus envahissants et déshumanisants que des écouvillonnages buccaux, la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou la réalisation d'empreintes dentaires.

[102] Le juge Moldaver établit en outre une distinction d'avec l'arrêt *Stillman*, au motif qu'aucune intimité informationnelle n'est en cause en l'espèce, parce qu'un prélèvement par écouvillonnage génital n'a pas pour but de recueillir des renseignements biographiques sur l'individu qui y est soumis. Ce prélèvement vise plutôt à vérifier la présence de l'ADN d'une autre personne, soit la victime d'une agression sexuelle. Cependant, les préoccupations de la Cour dans *Stillman* dépassaient largement l'intimité informationnelle d'une personne relativement à son propre ADN. Le principe fondamental à la base de l'arrêt *Stillman* était le souci de protéger la dignité humaine, protection dont l'importance — quel que soit le degré d'intimité informationnelle en cause — est encore plus marquée dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital.

[1] Voir, par exemple, *R. c. Laporte*, 2012 MBQB 227, 283 Man. R. (2d) 9.

[103] Cory J. emphasized in *Stillman* that taking bodily samples engages a strong privacy interest related to human dignity. It "may constitute the ultimate affront to human dignity", he said (para. 39). He reiterated: "It has often been clearly and forcefully expressed that state interference with a person's bodily integrity is a breach of a person's privacy and an affront to human dignity" (para. 42). Notably, he found that the common law power of search incident to arrest does not go so far as to authorize the police to take bodily samples because the taking of bodily samples is "highly intrusive" and "violate[s] the sanctity of the body which is essential to the maintenance of human dignity" (para. 51). This resonates with this Court's repeated emphasis on the close relationship between bodily privacy and human dignity (see, e.g., *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 21; *Golden*, at paras. 87 and 98-99; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, at p. 949). In my view, my colleague's discussion of *Stillman* betrays an unduly narrow reading of the decision and the fundamental interests it sought to protect.

[104] Further, although the *purpose* of a genital swab may be to search for "residue" deposited on the individual's genitals, an *effect* of the seizure is to put the individual's DNA in the hands of the state. As the expert evidence in this case indicated, this residue is indivisible from the person's own bodily substances: the sample also contains the individual's DNA. Whatever its purpose, a genital swab has the result of giving police a DNA sample from the individual.

[105] As Moldaver J. notes, it would presently be unlawful for the police to treat the genital swab sample as evidence of the individual's DNA. In principle, the courts would supervise any such future use. But the sample would nonetheless exist and remain in the

[103] Dans l'arrêt *Stillman*, le juge Cory a souligné que le prélèvement d'échantillons corporels met en cause un intérêt important en matière de respect de la vie privée, lié à la dignité humaine. Pareil prélèvement « peu[t] constituer l'atteinte la plus grave à la dignité humaine », a-t-il affirmé (par. 39). Il a rappelé ce qui suit : « On a souvent dit clairement et avec vigueur qu'une atteinte de l'État à l'intégrité physique d'une personne est une violation de la vie privée de cette personne et une atteinte à la dignité humaine » (par. 42). Il a notamment conclu que le pouvoir de common law de procéder à une fouille accessoire à l'arrestation ne va pas jusqu'à autoriser les policiers à prélever des échantillons corporels, parce qu'un tel prélèvement est « un acte très envahissant » et qu'il « viol[e] l'intégrité du corps, qui est essentielle à la dignité humaine » (par. 51). Cette conclusion fait écho à l'importance, maintes fois répétée par la Cour, du lien étroit qui existe entre l'intimité physique et la dignité humaine (voir, p. ex., *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 21; *Golden*, par. 87 et 98-99; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, p. 949). À mon avis, l'analyse que fait mon collègue de l'arrêt *Stillman* trahit une interprétation indûment restrictive de cette décision et des intérêts fondamentaux qu'elle vise à protéger.

[104] De plus, bien que l'*objectif* d'un prélèvement par écouvillonnage génital consiste à chercher la présence de « résidus » déposés sur les organes génitaux de l'individu qui y est soumis, l'un des *effets* d'une telle saisie est de mettre l'ADN de ce dernier entre les mains de l'État. Comme l'a indiqué la preuve d'expert en l'espèce, ces résidus sont indissociables des propres substances corporelles de l'individu : l'échantillon contient également son ADN. Quel que soit son objectif, un prélèvement par écouvillonnage génital a pour résultat de fournir aux policiers un échantillon de l'ADN de la personne sur laquelle il est effectué.

[105] Comme le souligne le juge Moldaver, il serait pour l'instant illégal pour les policiers de considérer les échantillons prélevés sur les organes génitaux d'un individu comme des éléments de preuve de l'ADN de cette personne. En principe, les

hands of the police, available for undetermined potential future use. The law may subsequently evolve, or the sample might be used by the police — perhaps improperly — for purposes other than to generate evidence the admissibility of which would be scrutinized in court.

tribunaux contrôleraient toute utilisation de la sorte qui en serait faite subséquemment. Mais ces échantillons continueraient néanmoins d'exister, de demeurer entre les mains des policiers et, de fait, de pouvoir être utilisés de façon indéterminée dans le futur. Il est possible que le droit évolue éventuellement, ou encore que les échantillons soient utilisés par les policiers — peut-être de façon inappropriée — à des fins autres que celles consistant à générer des éléments de preuve dont l'admissibilité serait examinée devant un tribunal.

[106] The highly invasive and dehumanizing nature of genital swabs has been recognized in the United Kingdom, where genital swabs are treated as a particularly invasive kind of search and seizure. Under the U.K. legislation *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60 (*P.A.C.E.*), a genital swab is governed by the rules for "intimate samples", not body *searches*, and is prohibited altogether except on consent (ss. 62(1) and 65). Genital swabs and other intimate samples — like blood, urine, and semen samples — are in a separate category from both strip searches and non-intimate samples — such as hair samples and other swabs. The definition of an intimate sample makes no reference to the purpose of the sample. What makes these samples "intimate" under *P.A.C.E.* is the high degree of bodily invasion, not the purpose of the search.

[106] La nature hautement envahissante et déshumanisante des prélèvements par écouvillonnage génital a été reconnue au Royaume-Uni, où l'on considère qu'il s'agit d'un type particulièrement envahissant de fouille et de saisie. Selon la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 60 (la « loi *P.A.C.E.* »), du Royaume-Uni, les prélèvements par écouvillonnage génital sont régis par les règles applicables, non pas aux *fouilles* corporelles, mais aux [TRADUCTION] « échantillons intimes », et ils sont tout à fait interdits, sauf s'il y a consentement (par. 62(1) et art. 65). Le prélèvement d'échantillons par écouvillonnage génital et le prélèvement d'autres échantillons intimes — tels les échantillons de sang, d'urine et de sperme — n'appartiennent pas à la même catégorie que les fouilles à nu et les prélèvements d'échantillons non intimes — tels les échantillons de cheveux et de poils et d'autres prélèvements par écouvillonnage. La définition d'échantillon intime ne mentionne aucunement l'objectif de cet échantillon. Ce qui rend ces échantillons « intimes » pour l'application de la loi *P.A.C.E.* est le haut degré d'atteinte à l'intégrité physique, et non l'objectif de la fouille.

[107] Turning to society's interests in effective law enforcement, I agree with my colleague that genital swabs can advance compelling state interests. Not only is sexual assault a very serious offence, but it is also notoriously difficult to prove. A search for the victim's DNA on the genitals of the arrested person can yield highly probative physical evidence.

[107] Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que la loi soit appliquée efficacement, je conviens avec mon collègue que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent favoriser des intérêts impérieux de l'État. Non seulement l'agression sexuelle constitue une infraction très grave, mais elle est aussi notoirement difficile à prouver. Vérifier la présence de l'ADN de la victime sur les organes génitaux de l'accusé peut permettre d'obtenir des éléments de preuve matériels très probants.

[108] However, I do not agree with Moldaver J. that the state interests are more compelling here than they were in *Stillman*. My colleague says the kind of evidence collected by genital swabs is inherently transient and vulnerable to destruction, whereas the kind of evidence collected by mouth swabs, hair samples and dental impressions is in no danger of disappearing. He concludes that the common law can advance important state interests by ensuring the police can collect genital swab evidence before it disappears. However, in stressing that genital swabs enable the police to preserve evidence which could otherwise disappear, my colleague implicitly assumes that this is evidence that the police could eventually collect lawfully, presumably upon obtaining a warrant. But if there is no lawful means by which the police could collect the evidence, ever, it would not matter how long the evidence lasts. Nothing would be lost when the evidence disappeared — no state interests would be compromised — because even if the evidence had survived, the police would have had no lawful authority to collect it.

[109] This was the case in *Stillman*: at the time of the seizures, the *Criminal Code* provision authorizing a warrant for that kind of DNA evidence had not yet been enacted and thus the effect of the decision was that there was no other lawful means by which the police could have obtained that evidence. As a result, the question of whether the evidence would disappear could not have been relevant to the scope of the common law power at that time: at the time of the seizures, the police could not obtain the DNA evidence *at all*. Thus, the fact that the evidence was in no danger of disappearing in *Stillman* is not a basis upon which to distinguish the evidence in this case.

[108] Cependant, je ne suis pas d'accord avec le juge Moldaver pour dire que les intérêts de l'État sont en l'espèce plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans l'arrêt *Stillman*. Mon collègue affirme que les éléments de preuve obtenus au moyen d'un prélèvement par écouvillonnage génital sont intrinsèquement éphémères et vulnérables aux risques de destruction, alors que ceux recueillis au moyen de prélèvements buccaux, ou par la prise d'échantillons de cheveux et de poils, ou d'empreintes dentaires ne risquent pas de disparaître. Il conclut que la common law peut favoriser des intérêts importants de l'État en faisant en sorte que la police puisse recueillir des éléments de preuve par écouvillonnage génital avant que ceux-ci ne disparaissent. Cependant, en soulignant que de tels prélèvements permettent aux policiers de préserver des éléments de preuve qui, autrement, pourraient disparaître, mon collègue suppose implicitement qu'il s'agit d'éléments de preuve que les policiers pourraient ultérieurement obtenir légalement, vraisemblablement après avoir obtenu un mandat. Cependant, s'il n'existe aucun moyen légal susceptible de permettre aux policiers, à quelque moment que ce soit dans le futur, de recueillir ces éléments, la durée de vie de ceux-ci importe peu. Rien ne serait alors perdu en cas de disparition de cette preuve — aucun intérêt étatique ne serait compromis —, car, même si elle avait subsisté, les policiers n'auraient pas été légalement autorisés à la recueillir.

[109] C'était le cas dans l'affaire *Stillman* : comme au moment des saisies la disposition du *Code criminel* autorisant la délivrance d'un mandat relativement à ce type de preuve génétique n'avait pas encore été édictée, il ressort de cette décision que les policiers ne disposaient d'aucun autre mécanisme légal au moyen duquel ils auraient pu obtenir ces éléments de preuve. Par conséquent, le risque de disparition de ces éléments ne pouvait constituer une considération pertinente dans la détermination de la portée du pouvoir de common law à l'époque : au moment des saisies, les policiers ne pouvaient *absolument pas* obtenir la preuve génétique. Le fait que, dans *Stillman*, la preuve en cause ne risquait pas de disparaître ne peut donc pas être invoqué pour établir une distinction entre cette preuve et celle qui nous intéresse en l'espèce.

[110] Similarly, it is not clear whether there is any other lawful means by which the police can conduct genital swabs. Without finally deciding the issue, there is no warrant obviously available. The general warrant provision in s. 487.01(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, empowers a judge to issue a warrant to do anything that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure — but that subsection cannot be "construed as to permit interference with the bodily integrity of any person" (s. 487.01(2)). Genital swabs also do not appear to fall within any of the special warrants. While it is not necessary to decide this issue here, I note that if no warrant is available for genital swabs, then it simply does not follow that the common law can advance state interests by allowing the police to take a genital swab before the sample degrades in the time it would take to obtain a warrant. Perishability alone cannot transform an unlawful seizure into a lawful one.

[110] De la même façon, on ne saurait dire avec certitude si les policiers disposent d'autres moyens légaux de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital. Sans trancher la question de façon définitive, on peut affirmer qu'il n'existe pas de mandat autorisant de façon évidente de telles fouilles. La disposition relative au mandat général énoncée au par. 487.01(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, habilite un juge à décerner un mandat autorisant à accomplir tout acte qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive; ce paragraphe n'a toutefois pas « pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne » (par. 487.01(2)). Les prélèvements par écouvillonnage génital ne semblent pas non plus relever d'un des mandats spéciaux. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de décider la question en l'espèce, je tiens à souligner que l'absence de mandat permettant de procéder à un prélèvement par écouvillonnage génital ne signifie pas forcément que la common law peut favoriser les intérêts de l'État en autorisant les policiers à prélever ce type d'échantillon pour parer à la dégradation de la preuve qui surviendrait en attendant la délivrance d'un mandat. Le caractère périssable d'une preuve ne saurait à lui seul transformer une saisie illégale en une saisie légale.

[111] Finally, Moldaver J. suggests that in order to prevent an individual from destroying the evidence a genital swab would collect, the police must detain the individual in a way that makes wiping his or her genitals impossible. Here, this meant handcuffing Mr. Saeed to a pipe in a dry cell, without access to water or a toilet. My colleague reasons that such a form of detention is itself undignified, but this indignity can be prevented if a warrantless genital swab is carried out as soon as possible.

[111] Enfin, le juge Moldaver laisse entendre que, pour empêcher un individu de détruire les éléments de preuve susceptibles d'être prélevés par écouvillonnage génital, les policiers doivent le détenir de manière à ce qu'il lui soit impossible de s'essuyer les organes génitaux. Dans la présente affaire, on l'a fait en menottant M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche, sans toilettes ou lavabo. Suivant le raisonnement de mon collègue, cette forme de détention constitue en soi une atteinte à la dignité, laquelle peut toutefois être évitée si un prélèvement par écouvillonnage génital est réalisé sans mandat dès que possible.

[112] This manner of detention certainly involves a further and troubling compromise of the individual's dignity. I note, first, that the trial judge did not make a finding of fact that this manner of detention is *necessary* to preserve the evidence a genital swab

[112] Ce mode de détention suppose certainement une autre atteinte préoccupante à la dignité de la personne. Je relève tout d'abord que la juge du procès n'a pas tiré la conclusion de fait selon laquelle cette forme de détention était *nécessaire* pour préserver

would collect. The expert could not identify the time frame within which the residue will degrade naturally. And, although there was evidence that an individual can dissipate the residue by wiping or washing his or her genitals, there was no evidence that detention in a dry cell is the only means by which this can be prevented.

[113] More fundamentally, even if this practice was proven necessary to preserve perishable evidence, this necessity could not be used to justify the greater affront to dignity that a genital swab would represent. One indignity cannot justify another. It would be ironic indeed if s. 8 did not protect individuals from the indignity of genital swabs *precisely because* it protects them from the indignity of detention in dry cells.

[114] Balancing the competing individual and state interests, I find — as did the Court in *Stillman* — that the individual's freedom from such an indignity and invasion of privacy must prevail. In *Stillman*, the individual privacy interests at stake in mouth swabs, dental impressions and hair samples were so important that the Court held the common law does not authorize such seizures — even though there was, at that time, no other lawful means by which the police could have obtained that kind of evidence. (The *Criminal Code* warrant for a mouth swab or hair sample was enacted *after* the seizures in *Stillman*: *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act (forensic DNA analysis)*, S.C. 1995, c. 27, s. 1.) In my view, the individual privacy interests at stake in this case are even more compelling: this kind of examination of a person's genitals is a profound affront to privacy and dignity. The state interests in this case, while strong, are no more compelling than they were in *Stillman*. I conclude it is not a reasonable balancing of the competing interests to permit the police to take warrantless genital swabs

les éléments de preuve que l'écouvillonnage génital permet de recueillir. L'expert n'était pas en mesure de préciser la période dans laquelle les résidus se détérioreraient de façon naturelle. En outre, même si des éléments de preuve indiquaient qu'un individu peut faire disparaître les résidus en essuyant ses organes génitaux ou en les lavant, il n'y avait aucune preuve établissant que la détention dans une cellule sèche est la seule façon d'empêcher que cela se produise.

[113] Plus fondamentalement, même si on démontrait que cette pratique est nécessaire pour préserver des éléments de preuve périssables, on ne pourrait invoquer cette nécessité pour justifier l'atteinte plus grave à la dignité de la personne que représente un prélèvement par écouvillonnage génital. Une atteinte à la dignité ne saurait en justifier une autre. Il serait d'ailleurs paradoxal que l'art. 8 ne protège pas une personne contre l'atteinte à la dignité que constitue un prélèvement par écouvillonnage génital *précisément parce qu*'il la protège contre l'atteinte à la dignité que représente sa détention dans une cellule sèche.

[114] Après avoir soupesé les intérêts opposés de l'individu et de l'État, je conclus, comme l'a fait la Cour dans l'arrêt *Stillman*, que c'est le droit de l'individu d'être protégé contre une telle atteinte à la dignité et à la vie privée qui doit l'emporter. Dans *Stillman*, les intérêts individuels en matière de respect de la vie privée que soulèvent les prélèvements buccaux et la prise d'empreintes dentaires et d'échantillons de cheveux et de poils ont été jugés à ce point importants que la Cour a conclu que la common law n'autorisait pas de telles saisies, même s'il n'existait à l'époque aucun autre moyen légal qui aurait permis aux policiers d'obtenir ce type d'éléments de preuve. (Les dispositions du *Code criminel* relatives au mandat autorisant les prélèvements buccaux ou la prise d'échantillons de cheveux ou de poils ont été édictées *postérieurement* aux saisies en cause dans *Stillman* : *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants (analyse génétique à des fins médicolégales)*, L.C. 1995, c. 27, art. 1.) À mon avis, les intérêts individuels en matière de respect de la vie

under the common law power of search incident to arrest.

[115] Moldaver J. indeed agrees that the traditional safeguards for the common law power are insufficient to protect the enhanced privacy interests at stake with genital swabs. His solution is to add a higher threshold of police justification. The traditional threshold test for a search incident to arrest requires only that the arrest be lawful and the search be conducted for a valid purpose connected to the arrest; no further justification is needed for the search itself (*Cloutier*, at pp. 185-86). My colleague proposes to create a specific test for genital swabs with an additional requirement: the police must also have reasonable grounds to believe the genital swab will reveal and preserve evidence of an offence.

[116] Only once before has this Court imposed a heightened threshold test for a particular type of search incident to arrest in order to protect the interests engaged by s. 8 of the *Charter*. In *Golden*, the majority of the Court held that the police may conduct a strip search incident to arrest only when they have reasonable and probable grounds for the strip search. Iacobucci and Arbour JJ. explained their reasoning as follows (para. 98):

privée en jeu dans la présente affaire sont encore plus impérieux : en effet, le type d'examen des organes génitaux en cause ici constitue une atteinte profonde à la vie privée et à la dignité de la personne concernée. Malgré leur importance, les intérêts de l'État en l'espèce ne sont pas plus impérieux qu'ils ne l'étaient dans *Stillman*. Je conclus que le fait d'autoriser les policiers à procéder sans mandat à des prélèvements par écouvillonnage génital en vertu du pouvoir que reconnaît la common law d'effectuer une fouille accessoire à l'arrestation ne permet pas d'établir un équilibre raisonnable entre les intérêts divergents en présence.

[115] Le juge Moldaver reconnaît d'ailleurs que les garanties traditionnelles associées au pouvoir de common law ne sont pas suffisantes pour protéger les intérêts élevés au respect de la vie privée qui sont en jeu lors des prélèvements par écouvillonnage génital. Sa solution consiste à resserrer le critère préliminaire de la justification auquel doivent satisfaire les policiers. Suivant le critère préliminaire traditionnel applicable pour justifier une fouille accessoire à une arrestation, il suffit que l'arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l'arrestation; aucun autre motif n'est requis pour justifier la fouille elle-même (*Cloutier*, p. 185-186). Mon collègue propose de créer un critère particulier à l'égard des prélèvements par écouvillonnage génital, qui comporterait une exigence additionnelle : les policiers doivent également avoir des motifs raisonnables de croire qu'un tel prélèvement permettra de découvrir et de préserver une preuve de l'infraction.

[116] Notre Cour n'a qu'une seule fois jusqu'ici imposé un critère préliminaire plus exigeant à l'égard d'un type particulier de fouille accessoire à une arrestation afin de protéger les intérêts garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Golden*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que des policiers ne pouvaient procéder à une fouille à nu accessoire à une arrestation que s'ils avaient des motifs raisonnables et probables de le faire. Les juges Iacobucci et Arbour ont expliqué comme suit leur raisonnement (par. 98) :

In *Cloutier*, *supra*, this Court concluded that a common law search incident to arrest does not require additional grounds beyond the reasonable and probable grounds necessary to justify the lawfulness of the arrest itself: *Cloutier*, *supra*, at pp. 185-86. However, this conclusion was reached in the context of a "frisk" search, which involved a minimal invasion of the detainee's privacy and personal integrity. In contrast, a strip search is a much more intrusive search and, accordingly, a higher degree of justification is required in order to support the higher degree of interference with individual freedom and dignity. In order to meet the constitutional standard of reasonableness that will justify a strip search, the police must establish that they have reasonable and probable grounds for concluding that a strip search is necessary in the particular circumstances of the arrest.

[117] It follows from this passage that a higher degree of justification than reasonable and probable grounds is required for searches which are more intrusive than strip searches. Genital swabs, which require touching and manipulation of the genitals (and result in what is in fact a DNA sample), are without doubt more intrusive. A straightforward application of *Golden* thus implies that something more than reasonable and probable grounds is required for genital swabs.[2] My colleague's threshold test of "reasonable grounds to believe" is insufficient.

[118] More fundamentally, additional requirements for particular types of searches incident to arrest should be avoided. When the traditional test for search incident to arrest — the arrest must be lawful and the search must be conducted for a valid purpose connected to the arrest — is insufficient to protect the individual privacy and dignity interests at stake, the search is not authorized by the existing common

Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, notre Cour a conclu qu'une fouille accessoire à une arrestation en common law n'a pas à être justifiée par d'autres motifs que les motifs raisonnables et probables nécessaires pour justifier la légalité de l'arrestation elle-même : *Cloutier*, précité, p. 185-186. Cette conclusion a toutefois été tirée dans le contexte d'une fouille sommaire, qui ne portait qu'une atteinte minimale à la vie privée et à l'intégrité personnelle du détenu. Par contraste, une fouille à nu est beaucoup plus envahissante et, partant, elle commande un degré plus élevé de justification pour appuyer l'atteinte plus grave portée à la liberté et à la dignité de la personne. Pour satisfaire à la norme constitutionnelle du caractère raisonnable justifiant la fouille à nu, les agents de police doivent établir qu'ils avaient des motifs raisonnables de conclure qu'une fouille à nu était nécessaire dans les circonstances particulières de l'arrestation.

[117] Il ressort de cet extrait qu'un degré plus élevé de justification que celui des motifs raisonnables et probables est nécessaire lorsqu'il s'agit de fouilles plus envahissantes qu'une fouille à nu. Les prélèvements par écouvillonnage génital, au cours desquels les organes génitaux d'une personne doivent être touchés et manipulés (et dont le résultat est en réalité un échantillon d'ADN), constituent indubitablement des fouilles plus envahissantes. Une simple application de l'arrêt *Golden* indique donc qu'un critère plus exigeant que celui des motifs raisonnables et probables est requis dans le cas des prélèvements par écouvillonnage génital[2]. Le critère préliminaire des « motifs raisonnables de croire » proposé par mon collège est insuffisant.

[118] Plus fondamentalement, il vaut mieux éviter d'appliquer des exigences additionnelles à l'égard de types particuliers de fouilles accessoires à une arrestation. Lorsque le critère traditionnel des fouilles accessoires à une arrestation — à savoir la nécessité que l'arrestation soit légale et que la fouille vise à réaliser un objectif valable lié à l'arrestation — ne suffit pas à protéger les intérêts en matière de vie privée

[2] Further, as noted above, the U.K. legislation upon which the Court relied in *Golden* distinguishes between a genital swab and strip searches (*P.A.C.E.*, s. 65). Unlike strip searches, genital swabs are prohibited except on consent and with the authorization of an inspector (*P.A.C.E.*, s. 62(1)). This is so even though the purpose is to obtain DNA information about someone other than the individual.

[2] De plus, comme je l'ai déjà signalé, la loi du Royaume-Uni sur laquelle la Cour s'est fondée dans l'arrêt *Golden* établit une distinction entre le prélèvement par écouvillonnage génital et la fouille à nu (loi *P.A.C.E.*, art. 65). Contrairement à la fouille à nu, le prélèvement par écouvillonnage génital est interdit, sauf s'il y a consentement et si un inspecteur l'autorise (loi *P.A.C.E.*, par. 62(1)), et ce, même si le prélèvement vise à obtenir des renseignements sur l'ADN d'une autre personne que celle qui est soumise à l'écouvillonnage génital.

law. Only in the rarest of cases should the court impose an additional requirement and thereby create a new test specific to that type of search.

[119] This is so for at least two reasons. First, a specific threshold test is much less effective in safeguarding privacy than judicial pre-authorization. As Moldaver J. acknowledges, the purpose of s. 8 is to prevent unjustified searches before they happen, not simply to decide after the fact whether a search should have happened (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 160; *Golden*, at para. 89). Additional threshold requirements for the test for search incident to arrest must be applied in the field by the police who are focussed on law enforcement. Judicial oversight would only come after the fact, and only in a subset of cases — where incriminating evidence is found, charges are laid, and the lawfulness of the search is challenged at trial. It would come as cold comfort to someone who has suffered the indignity of a genital swab, for example, to learn some time later that it never should have happened because there were no reasonable and probable grounds for it. Judicial pre-authorization minimizes the risk of unjustified searches occurring much more effectively than does an additional threshold requirement for the test for search incident to arrest.

[120] A second problem with judicially imposed threshold requirements for specific types of searches incident to arrest is that defining these requirements is a nuanced exercise which may be best left to Parliament. Not only must the right balance be found between the competing privacy and law enforcement interests; the framework must be workable for the police. The common law power of search incident to arrest is a blunt tool, but this makes it relatively straightforward for the police to use. Rather than

et de dignité qui sont en cause, la fouille n'est pas autorisée par les règles de common law existantes. Ce n'est que dans des cas extrêmement rares que les tribunaux devraient imposer une exigence additionnelle et créer ainsi un nouveau critère propre au type de fouille en question.

[119] Il en est ainsi pour au moins deux raisons. Premièrement, l'application d'un critère préliminaire spécifique protège beaucoup moins efficacement la vie privée qu'une procédure d'autorisation judiciaire préalable. Comme le reconnaît le juge Moldaver, l'art. 8 a pour but d'empêcher les fouilles injustifiées avant qu'elles ne se produisent et non pas simplement de déterminer après le fait si une fouille aurait dû être effectuée (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 160; *Golden*, par. 89). L'application d'exigences additionnelles assortissant le critère applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation se fait nécessairement sur le terrain par les policiers, qui se concentrent sur leurs fonctions d'application de la loi. Le contrôle judiciaire n'intervient qu'après le fait et uniquement dans certaines situations — lorsque des éléments de preuve incriminants sont découverts, que des accusations sont portées et que la légalité de la fouille est contestée au procès. À titre d'exemple, il ne serait guère réconfortant pour une personne ayant souffert l'indignité d'un prélèvement par écouvillonnage génital d'apprendre quelque temps plus tard qu'elle n'aurait jamais dû être soumise à un tel prélèvement parce qu'il n'existait aucun motif raisonnable et probable le justifiant. Une procédure d'autorisation judiciaire préalable réduit beaucoup plus efficacement le risque de fouilles injustifiées que l'ajout d'une exigence au critère préliminaire applicable aux fouilles accessoires à l'arrestation.

[120] Deuxièmement, un autre problème lié à l'imposition par voie judiciaire d'exigences préliminaires applicables à certains types de fouilles accessoires à une arrestation est le fait que la définition de ces exigences représente un exercice délicat, qu'il est préférable de laisser au législateur. Non seulement doit-on trouver le juste équilibre entre les intérêts divergents que constituent le respect de la vie privée et l'intérêt des autorités chargées de l'application de la loi, mais encore faut-il que les

complicating matters with various add-ons intended to perform different functions, it should be left to Parliament to equip the police with additional tools tailor-made for specific functions.

[121] Thus, I certainly agree with Moldaver J. that Parliament could choose to create a legislative regime for genital swabs that balances the need to obtain and preserve evidence with the need to safeguard privacy interests, much as it did for DNA samples.

[122] In conclusion, I recognize that genital swabs can provide important evidence of serious offences. In principle, they can be an effective law enforcement tool. However, the state interest in law enforcement must be considered in light of the profound impact on privacy and human dignity inherent in a genital swab. The common law power of search incident to arrest has limits. I conclude that it does not authorize the police to take genital swabs.

[123] Because it was not authorized by law, the swab the police took from Mr. Saeed's penis was carried out in breach of s. 8 of the *Charter*.

II. Analysis: Section 24(2)

[124] In the exceptional circumstances of this case, I would nonetheless uphold the trial judge's decision to admit the evidence obtained from Mr. Saeed in breach of the *Charter*. In deciding whether the

policiers soient en mesure d'appliquer le cadre qui est retenu. Le pouvoir de fouille accessoire à une arrestation reconnu par la common law n'est pas un outil des plus raffinés, mais cette même caractéristique le rend relativement simple à utiliser par les policiers. Au lieu de compliquer les choses en greffant à ce pouvoir divers éléments censés remplir différentes fonctions, il serait préférable de laisser au législateur le soin d'équiper les policiers d'outils additionnels spécialement adaptés à certaines fonctions particulières.

[121] En conséquence, je suis certes d'accord avec le juge Moldaver lorsqu'il affirme que le législateur pourrait, en ce qui concerne les prélèvements par écouvillonnage génital, décider de créer un régime législatif qui établirait un juste équilibre entre, d'une part, le besoin de recueillir et de préserver des éléments de preuve et, d'autre part, la nécessité de protéger les intérêts en matière de vie privée de l'individu visé, comme il l'a fait dans le cas des échantillons d'ADN.

[122] En conclusion, je reconnais que les prélèvements par écouvillonnage génital peuvent permettre de recueillir d'importants éléments de preuve relatifs à des infractions graves. En principe, ils peuvent s'avérer un outil d'application de la loi efficace. Toutefois, l'intérêt de l'État à assurer l'application de la loi doit être examiné au regard du profond impact qu'ont intrinsèquement de tels prélèvements sur la vie privée et la dignité humaine. Le pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation reconnu par la common law comporte des limites. J'estime qu'il n'autorise pas la police à effectuer des prélèvements par écouvillonnage génital.

[123] Comme le prélèvement recueilli par les policiers sur le pénis de M. Saeed n'était pas autorisé par une règle de droit, il a été effectué en violation de l'art. 8 de la *Charte*.

II. Analyse : par. 24(2)

[124] Vu les circonstances exceptionnelles de l'espèce, je confirmerais néanmoins la décision de la juge du procès de permettre l'utilisation des éléments de preuve obtenus de M. Saeed en violation de

admission of the evidence would bring the justice system into disrepute, the three factors to consider 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 (*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 71).

[125] A trial judge's findings on these issues are entitled to considerable deference and should be overturned only if the judge did not consider the proper factors or made an unreasonable finding (*Grant*, at para. 86; *R. v. Côté*, 2011 SCC 46, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 44; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 82). In this case, the trial judge (and both sets of reasons from the Court of Appeal, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219) held that the evidence should be admitted. In my view, the trial judge's exercise of discretion should not be disturbed.

[126] In considering the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, the trial judge found that the officer who directed the swab did not appropriately consider Mr. Saeed's *Charter* rights and the ambit of the police's power of search incident to arrest, but that there was no "actual bad faith" on the part of the police. She considered that the *Charter*-infringing state conduct was serious. However, where the police act on a mistaken understanding of the law where the law is unsettled, their *Charter*-infringing conduct is considered to be less serious (*Cole*, at paras. 86-87; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 69 and 71). If anything, the trial judge erred in the appellant's favour by overstating the seriousness of the state conduct. Since the law respecting genital swabs was unsettled at the time this swab was taken and the police acted on their understanding of the law, the first factor does not weigh in favour of the exclusion of the evidence.

la *Charte*. Pour déterminer si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, trois facteurs doivent être pris en compte : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État; (2) l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*; (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond (*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 71).

[125] Les conclusions tirées par les juges qui président les procès sur ces questions commandent une déférence considérable et elles ne devraient être modifiées que si ceux-ci n'ont pas tenu compte des considérations applicables ou s'ils ont tiré une conclusion déraisonnable (*Grant*, par. 86; *R. c. Côté*, 2011 CSC 46, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 44; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 82). Dans le cas qui nous occupe, la juge du procès a estimé que la preuve devrait être utilisée (et les deux opinions rédigées en Cour d'appel vont dans le même sens, 2014 ABCA 238, 5 Alta. L.R. (6th) 219). À mon avis, il n'y a pas lieu d'intervenir dans la façon dont la juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[126] Dans l'examen de la gravité de la conduite attentatoire de l'État, la juge du procès a conclu que le policier qui avait ordonné le prélèvement n'avait pas dûment tenu compte des droits que garantit la *Charte* à M. Saeed et de l'étendue des pouvoirs dont disposent les policiers en matière de fouille accessoire à l'arrestation, mais qu'il n'y avait pas eu [TRADUCTION] « véritablement mauvaise foi » de leur part. Elle a qualifié de grave la conduite attentatoire à la *Charte* de l'État. Toutefois, lorsque les policiers agissent sur la foi d'une interprétation erronée du droit applicable et que celui-ci est incertain, leur conduite attentatoire à la *Charte* est considérée moins grave (*Cole*, par. 86-87; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 69 et 71). De fait, la juge du procès a plutôt commis une erreur favorable à l'appelant en exagérant la gravité de la conduite de l'État. Comme le droit relatif aux prélèvements par écouvillonnage génital était incertain au moment où le prélèvement a été effectué et que les policiers ont agi en fonction de leur interprétation du droit, le premier facteur ne milite pas en faveur de l'exclusion de la preuve.

[127] The second factor — the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused — was obviously serious, and weighs against admitting the evidence. There is no doubt that this was a very intrusive search that engaged the core of the accused's bodily privacy. The trial judge found that the process "violated a very core value of privacy, an accused's privacy with respect to his genitals, and his right to not being exposed". In addition, in *Côté*, this Court noted that "[i]f the search could not have occurred legally, it is considerably more intrusive of the individual's reasonable expectation of privacy" (para. 72). As discussed above, it is doubtful whether a warrant is available for this evidence. If the police could not have lawfully obtained this evidence at all, either under search incident to arrest or under any warrant, then this would further heighten the impact on the accused's *Charter*-protected interests (*Côté*, at paras. 58-74). As the trial judge held, the second factor weighs strongly in favour of exclusion.

[127] Le deuxième facteur — l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* — était manifestement grave et milite contre l'utilisation de la preuve. Il n'y a aucun doute qu'il s'agissait d'une fouille très envahissante qui touchait à l'essence même de l'intimité physique de l'accusé. La juge du procès a conclu que la procédure [TRADUCTION] « violait une valeur absolument fondamentale de la vie privée, à savoir le droit de l'accusé au respect de sa vie privée en ce qui a trait à ses organes génitaux, ainsi que son droit de ne pas être tenu d'exposer son corps ». De plus, dans l'arrêt *Côté*, notre Cour a souligné que « [l]orsque la fouille ou la perquisition n'aurait pu avoir lieu légalement, il y a empiétement accru sur l'attente raisonnable en matière de vie privée » (par. 72). Comme je l'ai déjà expliqué, il est douteux qu'il soit possible d'obtenir un mandat pour recueillir cette preuve. S'il était absolument impossible pour les policiers d'obtenir celle-ci légalement, que ce soit en vertu du pouvoir de fouille accessoire à l'arrestation ou en vertu d'un mandat, l'incidence sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte* serait alors plus marquée (*Côté*, par. 58-74). Comme l'a conclu la juge du procès, le deuxième facteur milite fortement en faveur de l'exclusion.

[128] The third factor — society's interest in the adjudication of the case on its merits — weighs in favour of admission. This inquiry asks "whether the truth-seeking function of the criminal trial process would be better served by admission of the evidence, or by its exclusion" (*Grant*, at para. 79). Three relevant considerations are the reliability of the evidence, the importance of the evidence to the Crown's case, and the seriousness of the offence (*Grant*, at paras. 80-84), although the latter may "cut both ways" in some cases (para. 84). First, the DNA evidence was reliable and probative. Second, the evidence was very important in the Crown's case. In finding that Mr. Saeed was in fact the attacker, the trial judge considered the DNA evidence alongside eyewitness accounts. Although the Crown's case would not have been gutted without the DNA evidence, the Crown conceded on appeal that a conviction may not have reasonably flowed from the remaining evidence. Third, aggravated sexual assault is a serious offence: while society

[128] Le troisième facteur — l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond — milite en faveur de l'utilisation de la preuve. Il s'agit de « 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 » (*Grant*, par. 79). La fiabilité des éléments de preuve, leur importance pour la poursuite et la gravité de l'infraction reprochée constituent trois considérations pertinentes à cet égard (*Grant*, par. 80-84), bien que cette dernière puisse « jouer dans les deux sens » dans certains cas (par. 84). Premièrement, la preuve génétique était fiable et probante. Deuxièmement, cette preuve revêtait une grande importance pour la thèse du ministère public. Pour conclure que M. Saeed était effectivement l'agresseur, la juge du procès a tenu compte de la preuve génétique en corrélation avec les récits des témoins oculaires. Même si l'exclusion des éléments de preuve génétique n'aurait pas été fatale à la preuve du ministère public, le ministère public a concédé en appel que

has an interest in a justice system that is beyond reproach when the penal stakes are high, this brutal public assault of an adolescent girl was particularly heinous, and society also has a keen interest in the adjudication of this case on its merits. Taking all these considerations together, the third factor weighs in favour of admitting the evidence.

[129] Having regard to all the circumstances, the evidence should be admitted. The impact of the *Charter* breach on the accused was very serious. Going forward, in the face of settled law, it would be difficult to justify its admission. However, the law on this issue was unsettled at the time of this seizure and the police acted on their understanding of the law. Furthermore, society has a strong interest in the adjudication of this brutal sexual assault. On balance, I conclude that the trial judge was justified in concluding that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

III. Conclusion

[130] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

[131] Abella J. (dissenting) — In *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, this Court concluded that searches that violate bodily integrity "may constitute the ultimate affront to human dignity". The case involved the taking of hair samples, buccal swabs, and dental impressions. Because those searches were found to be "highly intrusive" and "the ultimate invasion of the appellant's privacy", the evidence was excluded. If the taking of hair, buccal and dental samples are "the ultimate invasion" of an individual's privacy, one wonders how to conceptualize a search whereby an individual is required to remove his

les autres éléments n'auraient pas raisonnablement permis de déclarer l'accusé coupable. Troisièmement, une agression sexuelle grave est une infraction grave : bien que la société ait intérêt à ce que le système de justice soit irréprochable lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales, cette brutale agression publique commise contre une adolescente était particulièrement odieuse et la société a également un vif intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond. Compte tenu de toutes ces considérations, le troisième facteur milite en faveur de l'utilisation de la preuve.

[129] Eu égard à l'ensemble des circonstances, l'utilisation de la preuve devrait être autorisée. L'incidence de la violation de la *Charte* sur l'accusé était très grave. Dans le futur, en présence de règles de droit bien établies, il serait difficile de justifier l'utilisation de cette preuve. Toutefois, le droit était incertain au moment de la saisie et les policiers ont agi en fonction de leur interprétation de celui-ci. De plus, la société a un intérêt sérieux à ce que cette brutale agression sexuelle soit jugée. Tout bien considéré, je suis d'avis que la juge du procès était justifiée de conclure que l'utilisation de la preuve n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Conclusion

[130] En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

[131] La juge Abella (dissidente) — Dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, notre Cour a conclu que les fouilles qui violent l'intégrité physique d'une personne « peuvent constituer l'atteinte la plus grave à la dignité humaine ». Cette affaire portait sur la prise d'échantillons de cheveux et de poils, de prélèvements buccaux et d'empreintes dentaires. Comme la Cour a conclu que ces fouilles étaient des actes « très envahissant[s] » et constituaient « l'atteinte la plus grave à la vie privée de l'appelant », les éléments de preuve recueillis ont été écartés. Si le fait de prendre des échantillons

clothes and swab his penis in front of two uniformed police officers.

de cheveux et de poils, des prélèvements buccaux et des empreintes dentaires constitue « l'atteinte la plus grave » à la vie privée d'une personne, que faut-il penser d'une fouille au cours de laquelle un individu doit enlever ses vêtements et faire un prélèvement par écouvillonnage de son pénis devant deux policiers en uniforme.

[132] While I agree with Justice Karakatsanis that the search was a breach of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I do not, with respect, share her view that the resulting evidence should be admitted.

[132] Bien que je convienne avec la juge Karakatsanis que la fouille contrevenait à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis, en toute déférence, me rallier à son point de vue selon lequel la preuve obtenue à la suite de celle-ci devrait être utilisée.

[133] In determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2), three factors are to be balanced in accordance with *R. v. Grant*, [2009] 2 S.C.R. 353:

- The seriousness of the *Charter*-infringing state conduct;
- The impact of the breach on *Charter*-protected interests of the accused; and
- The societal interest in adjudication on the merits.

[133] Pour décider si cette preuve devrait être écartée en application du par. 24(2), trois facteurs doivent être soupesés conformément à l'arrêt *R. c. Grant*, [2009] 2 R.C.S. 353 :

- la gravité de la conduite attentatoire de l'État;
- l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte*;
- l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond.

[134] While the public clearly has an interest in the adjudication of a case on its merits, it also has an interest "in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with . . . serious offences": *R. v. Spencer*, [2014] 2 S.C.R. 212, at para. 80; see also *R. v. Taylor*, [2014] 2 S.C.R. 495. No factor, in other words, is determinative. And, of equal significance, none is absolute.

[134] Quoique le public ait manifestement intérêt à ce que l'affaire soit jugée au fond, il a aussi intérêt « à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés [d']infractions graves » (*R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212, par. 80; voir également *R. c. Taylor*, [2014] 2 R.C.S. 495). Autrement dit, aucun facteur n'est déterminant. Et, point tout aussi important, aucun n'est absolu.

[135] The first factor engages its own continuum, as Doherty J.A. pointed out in *R. v. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (Ont. C.A.):

[135] Comme l'a fait remarquer le juge Doherty dans *R. c. Kitaitchik* (2002), 166 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Ont.), le premier facteur possède son propre continuum :

Police conduct can run the gamut from blameless conduct, through negligent conduct, to conduct demonstrating a blatant disregard for *Charter* rights: see Hill, "The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter*", in *The*

[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

Charter's Impact on the Criminal Justice System (1996) at p. 57 (Cameron, ed.). What is important is the proper placement of the police conduct along that fault line, not the legal label attached to the conduct. [para. 41]

[136] The key, as a result, is not so much whether the conduct fits within a compartment called "good faith" or "bad faith", but whether the police reasonably believed they were respecting the *Charter*: David M. Paciocco and Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 408; *R. v. Buhay*, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, at para. 34.

[137] Ryan J.A., for the majority, elaborated on the "good faith" analysis in *R. v. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, where she explained:

Although good faith is not fully defined in the jurisprudence, the underlying notion is [that] good faith is present when the police have conducted themselves in manner that is consistent with what they subjectively, reasonably, and non-negligently believe to be the law. This is perhaps better understood as a contrast to situations where the police deliberately, flagrantly and wilfully breach a *Charter* right to gain some perceived advantage, that advantage usually being the avoidance of compliance with the *Charter*. [para. 78]

[138] In other words, as a police officer's disregard of *Charter* requirements becomes more deliberate or flagrant, his or her conduct approaches the "bad faith" end of the spectrum: *R. v. Morelli*, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (B.C.C.A.); *R. v. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278.

[139] Where does the police conduct fall on the spectrum in this case? Even though the trial judge did not conclude that the police acted in bad faith, neither did she find good faith. This is hardly surprising in the circumstances. Mr. Saeed was initially arrested at 6:05 a.m., released from custody sometime between 7:00 a.m. and 7:30 a.m., and then

négligente (voir Hill, « The Role of Fault in Section 24(2) of the *Charter* », dans *The Charter's Impact on the Criminal Justice System* (1996) p. 57 (Cameron, dir.)). Ce qui importe, c'est de positionner au bon endroit la conduite de la police sur ce spectre plutôt que de s'attacher à sa qualification juridique. [par. 41]

[136] Ainsi, ce qui importe, ce n'est pas tant de savoir si le comportement entre dans la catégorie des actes accomplis de « bonne foi » ou de « mauvaise foi », mais plutôt de savoir si les policiers croyaient raisonnablement qu'ils respectaient la *Charte* (David M. Paciocco et Lee Stuesser, *The Law of Evidence* (7e éd. 2015), p. 408; *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Chuhaniuk* (2010), 292 B.C.A.C. 89, par. 34).

[137] Au nom des juges majoritaires, la juge Ryan a précisé l'analyse relative à la « bonne foi » dans l'arrêt *R. c. Washington* (2007), 248 B.C.A.C. 65, dans lequel elle explique :

[TRADUCTION] Bien que la bonne foi ne soit pas entièrement définie dans la jurisprudence, le principe sous-jacent veut qu'il y ait bonne foi lorsque la conduite des policiers est conforme à ce que ceux-ci estiment — subjectivement, raisonnablement et sans négligence — être légal. Cela est peut-être plus facile à comprendre si l'on compare ces situations à celles où les policiers portent atteinte délibérément, volontairement et de manière flagrante à un droit garanti par la *Charte* pour gagner ce qu'ils perçoivent être un avantage, lequel consiste le plus souvent à éviter de se conformer à la *Charte*. [par. 78]

[138] En d'autres mots, plus le mépris des exigences de la *Charte* par un policier devient délibéré ou flagrant, plus sa conduite s'approche de l'extrémité du spectre correspondant aux comportements de « mauvaise foi » (*R. c. Morelli*, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Dhillon* (2012), 93 C.R. (6th) 260 (C.A. C.-B.); *R. c. Voong* (2013), 347 B.C.A.C. 278).

[139] Où se situe la conduite des policiers en l'espèce? Même si elle n'a pas estimé que les policiers avaient agi de mauvaise foi, la juge du procès n'a pas conclu non plus qu'ils étaient de bonne foi. Cela n'est guère surprenant dans les circonstances. M. Saeed a été arrêté pour la première fois à 6 h 05, puis libéré entre 7 h et 7 h 30, et arrêté de nouveau

re-arrested at 8:35 a.m. When he arrived at the police station at around 8:50 a.m., he was placed in a dry cell with his hands cuffed behind his back to a metal pipe which was positioned low to the ground. He was made to sit on the floor in this position for almost an hour without the opportunity to use the washroom or drink water.

[140] At 10:26 a.m., he was directed to expose his genitals and wipe a cotton-tipped swab around the head of his penis in the presence of two police officers. Mr. Saeed did not consent to the search. While the swab was conducted, Mr. Saeed was described by one of the officers as being "naked".

[141] Nor did the police make any inquiry to determine whether a swab would even be probative before chaining him to a pipe in a dry cell. Mr. Saeed had been free for an hour and a half when he was re-arrested. Despite the fact that he had ample opportunity to wash away the evidence, not only before the initial arrest but also during the time that he was left alone at his apartment before he was re-arrested, the police did not ask whether he had washed or wiped himself during that time. This is a crucial information gap, since expert evidence at the trial indicated that without knowing whether he had washed, it would have been impossible for the police to know whether the best source of DNA evidence was a genital swab or Mr. Saeed's underwear. The police nonetheless chose the most invasive option.

[142] The police testified that they considered that the search was authorized as being incidental to arrest. Restrictions on obtaining bodily samples as part of a search incident to arrest were articulated in *Stillman*, 14 years before the events in this case occurred, and were confirmed in *R. v. Golden*, [2001] 3 S.C.R. 679, four years later. The police must therefore be taken to have been aware of them: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at p. 34.

à 8 h 35. Lorsqu'il est arrivé au poste de police vers 8 h 50, il a été placé dans une cellule sèche et menotté, les mains derrière le dos, à un tuyau métallique situé près du sol. Il a été contraint de s'asseoir sur le sol dans cette position pendant près d'une heure sans avoir la possibilité d'utiliser des toilettes ou de boire de l'eau.

[140] À 10 h 26, on lui a ordonné d'exposer ses organes génitaux et de passer un écouvillon autour du gland en présence de deux policiers. M. Saeed n'a pas consenti à la fouille. Selon un des policiers présents, M. Saeed était [TRADUCTION] « nu » pendant que le prélèvement était effectué.

[141] Les policiers n'ont pas non plus cherché à savoir si un prélèvement par écouvillonnage serait même susceptible d'avoir une valeur probante avant d'enchaîner M. Saeed à un tuyau dans une cellule sèche. M. Saeed avait passé une heure et demie en liberté lorsqu'il a été de nouveau arrêté. En dépit du fait qu'il aurait eu amplement le temps de supprimer la preuve en se lavant, et ce, non seulement avant la première arrestation, mais aussi pendant qu'on l'avait laissé seul dans son appartement avant la deuxième arrestation, les policiers ne lui ont pas demandé s'il s'était lavé ou essuyé dans l'intervalle. L'absence de cette information est cruciale étant donné que, selon une preuve d'expert produite au procès, à défaut de savoir si M. Saeed s'était lavé, il était impossible aux policiers de déterminer laquelle des deux sources suivantes était la plus susceptible de fournir une preuve génétique : un prélèvement par écouvillonnage génital ou les sous-vêtements de l'accusé. Les policiers ont néanmoins choisi la solution la plus envahissante.

[142] Les policiers ont témoigné qu'ils avaient considéré que la fouille était autorisée en tant que fouille accessoire à une arrestation. Les restrictions applicables à l'obtention d'échantillons corporels dans le cadre d'une telle fouille ont été énoncées dans *Stillman*, 14 ans avant les événements en cause en l'espèce, et elles ont été confirmées dans *R. c. Golden*, [2001] 3 R.C.S. 679, quatre ans plus tard. Il faut donc tenir pour acquis que les policiers les connaissaient (*R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 34).

[143] Those decisions confirmed that a search incidental to arrest does not authorize invasive searches of an individual in order to get bodily samples as evidence: *Golden*, at para. 24; *Stillman*, at paras. 42-49. That means the police were required to get prior judicial authorization. Yet there was no explanation for why the police sought no prior judicial authorization. Their evidence was that they began to consider obtaining a genital swab from Mr. Saeed at 8:10 a.m., before he was in police custody for the second time. In the two and a quarter hours between when they decided to obtain the swab and when they got it, they took no steps towards obtaining either a general warrant or a telewarrant for the search.

[143] Ces arrêts confirment que le pouvoir de procéder à une fouille accessoire à une arrestation ne permet pas d'effectuer des fouilles personnelles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles comme éléments de preuve (*Golden*, par. 24; *Stillman*, par. 42-49). Cela signifie que les policiers devaient obtenir une autorisation judiciaire préalable. Or, aucune explication n'a été donnée sur la raison pour laquelle ils ne l'ont pas fait. Il ressort de leurs témoignages qu'ils ont commencé à envisager de prélever sur M. Saeed des échantillons par écouvillonnage génital à 8 h 10, soit avant qu'il ne soit mis en détention une seconde fois. Au cours de la période de deux heures et quart qui s'est écoulée entre le moment où ils ont décidé d'obtenir un prélèvement et le moment où ils ont obtenu celui-ci, les policiers n'ont fait aucune démarche pour que soit décerné un mandat général ou un télémandat en vue de la fouille.

[144] Their evidence was that they took no steps to obtain a warrant because they wanted to "speed up the process of collecting the evidence" and felt that taking the time to apply for a warrant would leave Mr. Saeed handcuffed to the pipe for too long. One of the officers said that Mr. Saeed was handcuffed to the pipe to "preven[t] him from licking his hands and possibly washing away some of the DNA evidence that we wanted to preserve". They never explained why there was no time to get a telewarrant. When asked "[d]id you ever at all during this point of the investigation turn your mind to the possibility of applying for a telewarrant?" the answer was "[n]o, I did not."

[144] Ils ont témoigné qu'ils n'avaient entrepris aucune démarche en ce sens parce qu'ils souhaitaient [TRADUCTION] « accélérer la collecte des éléments de preuve » et qu'ils pensaient que, s'ils prenaient le temps de demander un mandat, M. Saeed resterait menotté au tuyau trop longtemps. Un des policiers a déclaré que M. Saeed avait été menotté au tuyau pour « l'empêcher de se lécher les mains et possiblement d'éliminer une partie de la preuve génétique que nous voulions préserver ». Les policiers n'ont jamais expliqué pourquoi ils n'avaient pas eu le temps d'obtenir un télémandat. À la question « [a]vez-vous à quelque moment que ce soit à cette étape de l'enquête envisagé de demander un télémandat? », ce policier a répondu : « Non, je ne l'ai pas envisagé. »

[145] Moreover, as the trial judge found, there were no exigent circumstances. She found that the only testimony demonstrating any concern about the need to preserve evidence so as to justify a search incidental to arrest was merely a "vague statement" by one of the officers.

[145] De plus, comme l'a conclu la juge du procès, il n'y avait pas de situation d'urgence. Selon elle, le seul témoignage qui établissait que les policiers se souciaient de préserver des éléments de preuve d'une manière qui justifiait une fouille accessoire à l'arrestation n'était qu'une [TRADUCTION] « vague déclaration » faite par l'un d'eux.

[146] It is not for the police to unilaterally decide to waive an accused's s. 8 *Charter* protections by deciding that it is more in his interests that the swab be performed quickly than that it be performed

[146] Il ne revient pas aux policiers de décider unilatéralement de retirer à un accusé les protections que lui confère l'art. 8 de la *Charte* en décidant qu'il est davantage dans l'intérêt de celui-ci d'effectuer le

constitutionally. It is true that the Crown led expert evidence to show that DNA evidence may begin to degrade in as little as five hours, but, notably, there was no evidence from the police that they were even aware of this information, let alone sought to act in accordance with it. But even if the police were concerned with obtaining the evidence within five hours, that time had already elapsed when they finally took the swab.

[147] But the most significant problem with this warrantless search is that it is by no means clear that obtaining a warrant for the genital swab was even legally available. There is no statutory authority in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for the issuance of a warrant in these circumstances.[3]

[148] Section 487.01 of the *Code* provides for the issuance of a general warrant, and expressly states that "[n]othing . . . shall be construed . . . to permit interference with the bodily integrity of any person" (s. 487.01(2)). Warrants for the taking of bodily samples for forensic DNA analysis are available under s. 487.05 of the *Code*. But warrants issued under this provision are limited to the investigative procedures in s. 487.06(1). *None* of the procedures set out in s. 487.06(1) includes conducting genital swabs.

[149] Taken together, we have circumstances that in my respectful view fall at the opposite end of the "good faith" continuum. The police officers failed to inquire and obtain the requisite information to establish reasonable and probable grounds that the evidence sought would still be present on Mr. Saeed's genitals. They nevertheless proceeded to handcuff him to a pipe against a wall and deprive him of access to water or bathroom facilities. He was then instructed to expose the most private part of his body

[3] The relevant provisions are in an Appendix at the end of these reasons.

prélèvement rapidement que constitutionnellement. Il est vrai que le ministère public a présenté une preuve d'expert pour démontrer que la preuve génétique peut commencer à se dégrader en l'espace de cinq heures seulement, mais, fait à noter, les policiers n'ont soumis aucune preuve indiquant qu'ils étaient même au courant de cette donnée, et encore moins qu'ils avaient essayé d'agir en conséquence. Cependant, même si les policiers étaient préoccupés par la nécessité de recueillir les éléments de preuve dans les cinq heures ayant suivi la perpétration du crime, ce laps de temps s'était déjà écoulé lorsqu'ils ont finalement effectué le prélèvement.

[147] Toutefois, le problème le plus important que pose cette fouille sans mandat est qu'il est loin d'être évident qu'il était même légalement possible d'obtenir un mandat pour effectuer un prélèvement par écouvillonnage génital. Aucune disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, ne confère le pouvoir de décerner un mandat dans de telles circonstances[3].

[148] L'article 487.01 du *Code* pourvoit à la délivrance d'un mandat général, et énonce expressément que cette disposition « n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne » (par. 487.01(2)). Les mandats visant le prélèvement d'échantillons de substances corporelles en vue d'effectuer une analyse génétique à des fins médicolégales peuvent être délivrés en vertu de l'art. 487.05 du *Code*. Cependant, ces mandats ne concernent que les méthodes d'enquête visées au par. 487.06(1), et *aucune* de ces méthodes n'a trait au prélèvement par écouvillonnage génital.

[149] À mon avis, prises ensemble, les circonstances de la présente espèce se situent à l'autre extrémité du continuum de la « bonne foi ». Les policiers n'ont ni cherché à obtenir ni obtenu les renseignements nécessaires pour établir qu'ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que les éléments de preuve recherchés se trouveraient toujours sur les organes génitaux de M. Saeed. Ils l'ont quand même menotté à un tuyau contre un mur et privé d'eau et d'accès à des toilettes. On lui

[3] Les dispositions pertinentes sont reproduites dans une annexe à la fin des présents motifs.

and swab it in front of two uniformed police officers. All of this occurred without Mr. Saeed's consent and without prior judicial authorization. And on top of this deliberate disregard for Mr. Saeed's s. 8 rights, is the fact that the *Criminal Code* appears not to countenance such searches at all.

[150] The next *Grant* question is the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused, where we are to examine "the interests engaged by the infringed right and . . . the degree to which the violation impacted on those interests": para. 77.

[151] This Court concluded in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that "[s]trip searches are inherently humiliating and degrading *regardless of the manner in which they are carried out* and thus constitute significant injury to an individual's intangible interests": para. 64 (emphasis added). Surely this means that the invasion of dignity and bodily integrity does not depend on whether, as the majority concludes, it is "penetrative", painful or uncomfortable. What is a more private anatomical zone than the genital area?

[152] A genital swab does not just require the individual to expose his or her genitals to state scrutiny, it asks that individual to violate his or her own bodily integrity by collecting potentially self-incriminatory evidence from that most private of areas. The impact on Mr. Saeed's privacy interests is as profound as one can imagine, leaving far in its wake the prior "ultimate" baseline from *Stillman*.

[153] The third *Grant* factor is society's interest in an adjudication on the merits. This too is nuanced and multi-faceted: *R. v. Harrison*, [2009] 2 S.C.R. 494, at paras. 33-34. What is weighed in considering

a ensuite ordonné d'exposer la partie la plus intime de son corps et d'y faire un prélèvement par écouvillonnage devant deux policiers en uniforme. Tout cela a eu lieu sans le consentement de M. Saeed et sans autorisation judiciaire préalable. En plus de ce mépris délibéré des droits que l'art. 8 garantit à M. Saeed, il y a le fait que le *Code criminel* ne semble aucunement permettre de telles fouilles.

[150] La question suivante sur laquelle il faut se pencher conformément à l'arrêt *Grant* concerne l'incidence de la violation sur les droits garantis à l'accusé par la *Charte*, ce qui nécessite d'examiner « les intérêts protégés par le droit transgressé, puis [. . .] l'ampleur des conséquences de la violation sur ces intérêts » (par. 77).

[151] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, notre Cour a conclu que « [l]es fouilles à nu sont fondamentalement humiliantes et avilissantes, *peu importe la manière dont elles sont effectuées* et constituent une atteinte importante aux intérêts intangibles de la personne » (par. 64 (italiques ajoutés)). Cela signifie certainement que l'atteinte à la dignité et à l'intégrité physique ne dépend pas, contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires, de la question de savoir si la fouille nécessite « l'introduction de quoi que ce soit dans le corps », si elle est douloureuse ou si elle est inconfortable. Existe-t-il une région du corps qui est plus intime que la région génitale?

[152] Un prélèvement par écouvillonnage génital ne nécessite pas seulement que la personne qui y est soumise expose ses organes génitaux aux autorités, mais aussi qu'elle viole sa propre intégrité physique en recueillant une preuve potentiellement auto-incriminante sur la partie de son corps la plus intime qui soit. On ne saurait imaginer impact plus profond sur les intérêts en matière de vie privée de M. Saeed, impact qui laisse loin derrière l'ancienne atteinte « la plus grave » établie dans *Stillman*.

[153] Le troisième facteur énoncé dans l'arrêt *Grant* est l'intérêt qu'a la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Il s'agit également d'un facteur nuancé qui comporte de multiples facettes (*R. c.*

this third factor is the seriousness of the offence, the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case: *Grant*, at paras. 83-84.

[154] As the majority of this Court explained in *Grant*, the seriousness of the offence can be a relevant consideration at this stage of the analysis, but it points both towards inclusion and exclusion of the evidence. What is of utmost importance in weighing the third factor is the long-term reputation of the justice system:

> In our view, while the seriousness of the alleged offence may be a valid consideration, it has the potential to cut 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 . . . *it is the long-term repute of the justice system that is s. 24(2)'s focus*. As pointed out in *Burlingham*, [[1995] 2 S.C.R. 206,] 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*, [[1987] 1 S.C.R. 265,] "[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. . . . *[W]hile 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*. [Emphasis added; para. 84.]

[155] In Professor Hamish Stewart's view, "[t]his passage might well be interpreted as holding that although the seriousness of the offence enhances the public interest in a trial on the merits, it also enhances the disrepute associated with the admission of unconstitutionally obtained evidence; on this interpretation, in most cases, the seriousness of the offence will be a neutral factor": "Section 24(2):

Harrison, [2009] 2 R.C.S. 494, par. 33-34). Dans l'examen de ce facteur, il faut prendre en compte la gravité de l'infraction, la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public (*Grant*, par. 83-84).

[154] Comme l'ont expliqué les juges majoritaires de la Cour dans *Grant*, la gravité de l'infraction peut être un élément pertinent à ce stade de l'analyse, mais elle peut jouer autant en faveur de l'inclusion de la preuve que de son exclusion. La considération dont jouit à long terme le système de justice est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit d'apprécier le troisième facteur :

> Nous estimons pour notre part que [si la gravité de l'infraction reprochée] peut effectivement [constituer] un facteur valide, c'en est un qui peut jouer dans 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 [. . .] *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*, [[1995] 2 R.C.S. 206,] 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*, [[1987] 1 R.C.S. 265,] 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. [. . .] *[S]i 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*. [Italiques ajoutés; par. 84.]

[155] Selon le professeur Hamish Stewart, [TRADUCTION] « [o]n peut fort bien considérer que ce passage signifie que, bien que la gravité de l'infraction accroisse l'intérêt du public à ce que l'affaire soit jugée au fond, elle accroît également la déconsidération liée à l'utilisation d'éléments de preuve obtenus inconstitutionnellement; suivant cette interprétation, la gravité de l'infraction sera, dans la plupart des

Before and After *Grant*" (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 253, at p. 257; see also p. 262; *R. v. Côté*, [2011] 3 S.C.R. 215, at para. 53.

[156] The view in *Grant* was reiterated in *Harrison*, where the Court said, "the public . . . has a vital interest in a justice system that is beyond reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high": para. 34. Later, in *Côté*, a majority of this Court noted:

> The seriousness of the offence . . . has the potential to "cut both ways" and will not always weigh in favour of admission (*Grant*, at para. 84). While society has a greater interest in seeing a serious offence prosecuted, it has an equivalent interest in ensuring that the judicial system is above reproach, particularly when the stakes are high for the accused person. [para. 53]

(See also *Spencer*, at paras. 79-80, and *Taylor*, at para. 38.)

[157] And although the reliability of the evidence and its importance to the Crown's case are relevant, bodily evidence will be excluded, the majority of this Court said in *Grant*, "where an intrusion on bodily integrity is deliberately inflicted and the impact on the accused's . . . bodily integrity and dignity is high . . . notwithstanding its relevance and reliability": para. 111.

[158] These passages from *Grant* and *Harrison* are clear that, at the very least, the seriousness of the offence should have a limited role in the third stage of the *Grant* test, as it had in *Morelli*. Mr. Morelli was charged with possession of child pornography. The evidence was obtained through an improperly obtained search warrant. A majority of the Court found that Mr. Morelli's s. 8 rights had been violated. Without the evidence, the Crown had no case. Nevertheless, even though the police did not breach the accused's rights intentionally, the Court excluded the evidence, stating that "we are required by *Grant* to bear in mind the long-term and prospective repute

cas, un facteur neutre » (« Section 24(2) : Before and After *Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 253, p. 257; voir aussi p. 262; *R. c. Côté*, [2011] 3 R.C.S. 215, par. 53).

[156] Le point de vue exposé dans *Grant* a été repris dans l'arrêt *Harrison*, où la Cour déclare que « le public a [. . .] un intérêt vital à ce que le système de justice soit irréprochable, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales » (par. 34). Plus tard, dans *Côté*, les juges majoritaires de notre Cour ont souligné ce qui suit :

> La gravité de l'infraction est [. . .] susceptible de « jouer dans les deux sens » et ne milite pas toujours en faveur de l'utilisation de la preuve (*Grant*, par. 84). La société a certes grandement intérêt à ce qu'une affaire de crime grave soit jugée au fond, mais elle a un intérêt tout aussi important à ce que le système de justice demeure à l'abri de tout reproche, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [par. 53]

(Voir également *Spencer*, par. 79-80, et *Taylor*, par. 38.)

[157] En outre, bien que la fiabilité des éléments de preuve et leur importance pour la preuve du ministère public constituent des considérations pertinentes, la Cour a affirmé à la majorité dans l'arrêt *Grant* que les éléments de preuve corporelle 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 [. . .] l'intégrité corporelle et la dignité de l'accusé » (par. 111).

[158] Ces passages des arrêts *Grant* et *Harrison* montrent clairement que la gravité de l'infraction devrait jouer, à tout le moins, un rôle limité à la troisième étape de l'analyse de l'arrêt *Grant*, comme cela fut le cas dans *Morelli*. M. Morelli avait été accusé de possession de pornographie juvénile. Les éléments de preuve avaient été recueillis au moyen d'un mandat de perquisition obtenu irrégulièrement. La Cour a conclu à la majorité que les droits que l'art. 8 garantit à M. Morelli avaient été violés. Sans ces éléments, le ministère public ne disposait d'aucune preuve. Néanmoins, bien que la police n'ait pas intentionnellement porté atteinte aux droits de

of the administration of justice, focussing less on the particular case than on the impact over time of admitting the evidence obtained by infringement of the constitutionally protected rights of the accused": para. 108. Similarly, in *Taylor* this Court excluded blood samples despite the fact that they were "reliable and key to the case" because they were taken in breach of the accused's s. 8 rights: para. 38. And, it bears noting, this Court in *Stillman* and *Côté*, both murder cases, excluded the evidence.

[159] David M. Paciocco has expressed concern, however, that notwithstanding this Court's clear direction on how to apply the third *Grant* factor, courts have been overly focused on the seriousness of the offence resulting in unduly favouring the inclusion of evidence:

> We have struggled to maintain a meaningful purposive approach to s. 24(2) and we have struggled to maintain doctrinal consistency between it and related constitutional remedies. The truth is that the fortunes of the exclusionary remedy have at times been driven more by the politics of exclusion than the pursuit of remedial purpose. Principles do not perform their usual role of directing conclusions; instead they are selected from time to time to explain policy choices that have been made.

("Section 24(2): Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning" (2011), 58 *C.L.Q.* 15, at p. 16)

[160] One empirical analysis of 100 cases applying the *Grant* framework from 2010 demonstrated that at the very least there was some confusion in how to interpret the third factor:

l'accusé, la Cour a écarté les éléments preuve en question, et souligné que « nous devons, comme nous y oblige l'arrêt *Grant*, tenir compte des répercussions à long terme sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Ainsi nous devons porter notre regard davantage sur l'incidence future que risque d'avoir l'admission de la preuve obtenue en violation des droits constitutionnels de l'accusé que sur l'affaire en cause » (par. 108). De même, dans *Taylor*, la Cour a exclu des échantillons de sang en dépit du fait qu'il s'agissait d'une preuve « fiable et déterminante pour l'issue de l'affaire », car ceux-ci avaient été prélevés en violation des droits garantis à l'accusé par l'art. 8 (par. 38). De plus, il convient de noter que, dans *Stillman* et *Côté*, deux affaires de meurtre, notre Cour a écarté la preuve.

[159] David M. Paciocco s'est toutefois dit préoccupé par le fait que, en dépit des directives claires de notre Cour sur la manière d'appliquer le troisième facteur de *Grant*, les tribunaux s'attachent trop à la gravité de l'infraction, favorisant ainsi indûment l'inclusion de la preuve :

> [TRADUCTION] On s'efforce tant bien que mal de maintenir une interprétation téléologique utile du par. 24(2), ainsi que la cohésion sur le plan théorique entre cette interprétation et les réparations constitutionnelles connexes. La réalité est qu'à certains moments, le sort de la réparation consistant à écarter certains éléments de preuve a été dicté davantage par les aspects politiques de l'exclusion de la preuve que par la poursuite d'un objectif réparateur. Les principes ne jouent pas leur rôle habituel, à savoir orienter les conclusions; ils sont plutôt choisis, de temps à autre, afin d'expliquer certains choix stratégiques ayant été faits.

(« Section 24(2) : Lottery or Law — The Appreciable Limits of Purposive Reasoning » (2011), 58 *C.L.Q.* 15, p. 16)

[160] Une analyse empirique de 100 décisions dans lesquelles les tribunaux ont appliqué le cadre établi dans *Grant* à compter de 2010 a démontré qu'il existait à tout le moins une certaine confusion quant à la manière d'interpréter le troisième facteur :

With respect to classification of the third *Grant* factor — society's interest in adjudication on the merits — much more interpretive discretion was exercised. Courts do not seem to coherently or uniformly write about this factor. . . . It is difficult to extract meaningful conclusions about the data from the third factor, since courts are considering the factor in different ways. Theoretically, the factor should always be high: society always has a high interest in seeing a case adjudicated on its merits. It is unclear, however, how courts are actually "balancing" this abstract, largely unquantifiable factor alongside the first two *Grant* factors, and how they are assessing this factor in cases where unreliable evidence is being considered, or where evidence that is not central to the case is being considered.

(Mike Madden, "Marshalling the Data: An Empirical Analysis of Canada's Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant*" (2011), 15 *Can. Crim. L.R.* 229, at p. 236)

[161] Ultimately, based on his empirical analysis of the jurisprudence, Madden concluded that "courts at all levels seem to have ignored or departed from fairly clear suggestions that were laid down by the SCC in *Grant*": p. 250.

[162] Another empirical study of the post-*Grant* s. 24(2) jurisprudence reached similar conclusions: Justin Milne, "Exclusion of Evidence Trends post *Grant*: Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges?" (2015), 19 *Can. Crim. L.R.* 373. Milne looked at 60 appellate court decisions from 2011 to 2015 reviewing trial judges' application of *Grant*, to see whether appellate courts were deferring to the *Grant* analyses by trial judges. He found that despite this Court's strong endorsement of deference to trial judges' *Grant* analyses in *Côté*, there was no change in the levels of deference shown. Moreover, he found that appellate courts across Canada were more likely to defer to trial judges' analyses when evidence had been admitted and the offence was serious. He also found that appellate judges who did not show deference frequently interfered with the

[TRADUCTION] En ce qui concerne la classification du troisième facteur de *Grant* — l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond —, les tribunaux ont exercé un plus grand pouvoir discrétionnaire dans son interprétation. Ils ne semblent pas exprimer des points de vue cohérents ou uniformes au sujet de ce facteur. [. . .] Il est difficile de tirer des conclusions significatives à l'égard des données relatives au troisième facteur, étant donné que les tribunaux prennent ce facteur en considération de différentes façons. Théoriquement, il devrait toujours se voir accorder une importance élevée : la société a toujours grandement intérêt à ce qu'une affaire soit jugée sur le fond. Toutefois, il est difficile de dire comment, concrètement, les tribunaux « mettent en balance » ce facteur abstrait et dans une large mesure non quantifiable avec les deux autres facteurs de l'arrêt *Grant*, et comment ils évaluent ce facteur lorsque des éléments de preuve non fiables ou des éléments de preuve non cruciaux pour l'instance sont examinés.

(Mike Madden, « Marshalling the Data : An Empirical Analysis of Canada's Section 24(2) Case Law in the Wake of *R. v. Grant* » (2011), 15 *Rev. can. D.P.* 229, p. 236)

[161] En définitive, en se fondant sur son analyse empirique de la jurisprudence, M. Madden a conclu que [TRADUCTION] « les tribunaux de tous les niveaux semblent avoir fait abstraction ou s'être écartés des suggestions passablement claires formulées par la CSC dans *Grant* » (p. 250).

[162] Des conclusions semblables ont été tirées dans une autre étude empirique de la jurisprudence relative au par. 24(2) postérieure à l'arrêt *Grant* (Justin Milne, « Exclusion of Evidence Trends post *Grant* : Are Appeal Courts Deferring to Trial Judges? » (2015), 19 *Rev. can. D.P.* 373). M. Milne a examiné 60 décisions de cours d'appel — rendues de 2011 à 2015 et portant sur l'application de l'arrêt *Grant* par des juges de première instance — en vue de déterminer si les cours d'appel faisaient montre de déférence à l'égard des analyses de ces juges basées sur *Grant*. Il a conclu que, bien que dans *Côté* notre Cour ait fortement encouragé l'adoption d'une attitude déférente à l'égard des analyses fondées sur l'arrêt *Grant* effectuées par les juges de première instance, le niveau de déférence accordé n'avait pas changé. De plus, il a constaté que les

trial judge's findings at each stage of the *Grant* analysis: p. 375.

[163] The case before us provides an opportunity to confirm the Court's guidance in *Grant* and *Harrison*.

[164] The trial judge relied on the seriousness of the offence at the third stage to counter the "serious" breach of Mr. Saeed's rights. She acknowledged that "[t]here are certainly dangers to the repute of the justice system in admitting this evidence", but did not elaborate on what those dangers were. Nor did she refer to society's heightened interest in protecting the *Charter* rights of those who are accused of serious offences. By failing to consider a relevant factor in the analysis, her analysis is subject to reassessment by this Court: *Côté*, at para. 87.

[165] Even though the DNA evidence is reliable and important to the Crown's case, it is not necessarily vital. Another witness provided eyewitness testimony identifying Mr. Saeed as the perpetrator and, as was noted by the trial judge, S's evidence was strongly corroborated by the fact that she was able to guide the police to Mr. Saeed's apartment.

[166] But whether or not there is other available evidence, the reputation of the justice system weighs against admission of the evidence. The police arrested, released, and re-arrested Mr. Saeed, handcuffed him to a pipe in a dry cell, and, without taking any steps either to obtain a warrant or a telewarrant, proceeded to conduct a genital swab for the purposes of obtaining DNA evidence. The law is clear that judicial authorization is required

cours d'appel canadiennes étaient plus enclines à faire preuve de déférence à l'égard de l'analyse réalisée en première instance lorsque les éléments de preuve avaient été utilisés et que l'infraction reprochée était grave. Il a ajouté que les juges d'appel qui n'adoptaient pas une attitude déférente intervenaient fréquemment à chacune des étapes de l'analyse fondée sur *Grant* (p. 375).

[163] Le présent pourvoi nous offre la possibilité de confirmer les directives énoncées par notre Cour dans *Grant* et *Harrison*.

[164] La juge du procès a invoqué la gravité de l'infraction à la troisième étape de l'analyse pour faire contrepoids à la « grave » violation des droits de M. Saeed. Elle a reconnu que [TRADUCTION] « l'utilisation de ces éléments de preuve comportait certes certains risques d'atteinte à la considération dont jouit le système de justice », mais elle n'a pas précisé en quoi consistaient ces risques. Elle n'a pas non plus fait mention de l'intérêt élevé qu'a la société à protéger les droits que garantit la *Charte* aux personnes accusées d'une infraction grave. Comme la juge a omis de tenir compte d'un facteur pertinent, son analyse peut être réexaminée par la Cour (*Côté*, par. 87).

[165] Bien qu'elle soit fiable et importante pour la preuve du ministère public, la preuve génétique n'est pas nécessairement cruciale. Un autre témoin — un témoin oculaire — a identifié M. Saeed dans sa déposition comme étant l'auteur du crime, et, comme l'a souligné la juge du procès, le témoignage de S était largement corroboré par le fait que cette dernière avait été en mesure d'indiquer aux policiers où se trouvait l'appartement de M. Saeed.

[166] Mais qu'il existe ou non d'autres éléments de preuve, la considération reconnue au système de justice milite contre l'utilisation de la preuve en l'espèce. Les policiers ont arrêté, remis en liberté puis arrêté de nouveau M. Saeed, ils l'ont menotté à un tuyau dans une cellule sèche et, sans faire aucune démarche afin d'obtenir un mandat ou un télémandat, ils ont procédé à un prélèvement par écouvillonnage génital pour obtenir une preuve

to conduct invasive searches with a view to obtaining bodily samples. The police's unjustified and unexplained avoidance of this requirement weighs against admissibility. So does their disregard for the likelihood that a warrant was not even available for such intrusive searches.

[167] Put another way, the deliberate failure to consider a warrant in the absence of exigent circumstances is, at its best, careless; ignoring the legal possibility that under Canadian law the police were not even entitled to take a penile swab, is fatal.

[168] In these circumstances, based on public confidence in the integrity of the justice system, I would exclude the evidence and order a new trial.

APPENDIX

Information for general warrant

487.01 (1) A provincial court judge, a judge of a superior court of criminal jurisdiction or a judge as defined in section 552 may issue a warrant in writing authorizing a peace officer to, subject to this section, use any device or investigative technique or procedure or do any thing described in the warrant that would, if not authorized, constitute an unreasonable search or seizure in respect of a person or a person's property if

(a) the judge is satisfied by information on oath in writing that there are reasonable grounds to believe that an offence against this or any other Act of Parliament has been or will be committed and that information concerning the offence will be obtained through the use of the technique, procedure or device or the doing of the thing;

(b) the judge is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to issue the warrant; and

génétique. Le droit est clair : une autorisation judiciaire est nécessaire pour pouvoir effectuer des fouilles envahissantes en vue d'obtenir des échantillons de substances corporelles. L'omission non justifiée et inexpliquée des policiers de respecter cette exigence milite contre l'utilisation de la preuve, tout comme le fait que ces derniers ont négligé de considérer qu'il puisse même ne pas être possible d'obtenir un mandat pour effectuer de telles fouilles.

[167] Autrement dit, l'omission délibérée d'envisager l'obtention d'un mandat vu l'absence de situation d'urgence constitue, au mieux, de l'insouciance; le fait d'avoir négligé la possibilité qu'en droit canadien les policiers n'étaient même pas autorisés à obtenir un prélèvement par écouvillonnage du pénis est fatal.

[168] Dans ces circonstances, vu l'importance de maintenir la confiance du public dans l'intégrité du système de justice, j'écarterais les éléments de preuve en cause et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

ANNEXE

Dénonciation pour mandat général

487.01 (1) Un juge de la cour provinciale, un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle ou un juge au sens de l'article 552 peut décerner un mandat par écrit autorisant un agent de la paix, sous réserve du présent article, à utiliser un dispositif ou une technique ou une méthode d'enquête, ou à accomplir tout acte qui y est mentionné, qui constituerait sans cette autorisation une fouille, une perquisition ou une saisie abusive à l'égard d'une personne ou d'un bien :

a) si le juge est convaincu, à la suite d'une dénonciation par écrit faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction à la présente loi ou à toute autre loi fédérale a été ou sera commise et que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus grâce à une telle utilisation ou à l'accomplissement d'un tel acte;

b) s'il est convaincu que la délivrance du mandat servirait au mieux l'administration de la justice;

(c) there is no other provision in this or any other Act of Parliament that would provide for a warrant, authorization or order permitting the technique, procedure or device to be used or the thing to be done.

Limitation

(2) Nothing in subsection (1) shall be construed as to permit interference with the bodily integrity of any person.

. . .

Information for warrant to take bodily substances for forensic DNA analysis

487.05 (1) A provincial court judge who on *ex parte* application made in Form 5.01 is satisfied by information on oath that there are reasonable grounds to believe

(a) that a designated offence has been committed,

(b) that a bodily substance has been found or obtained

(i) at the place where the offence was committed,

(ii) on or within the body of the victim of the offence,

(iii) on anything worn or carried by the victim at the time when the offence was committed, or

(iv) on or within the body of any person or thing or at any place associated with the commission of the offence,

(c) that a person was a party to the offence, and

(d) that forensic DNA analysis of a bodily substance from the person will provide evidence about whether the bodily substance referred to in paragraph (b) was from that person

and who is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so may issue a warrant in

c) s'il n'y a aucune disposition dans la présente loi ou toute autre loi fédérale qui prévoie un mandat, une autorisation ou une ordonnance permettant une telle utilisation ou l'accomplissement d'un tel acte.

Limite

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de permettre de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

. . .

Mandat relatif aux analyses génétiques

487.05 (1) Sur demande *ex parte* présentée selon la formule 5.01, un juge de la cour provinciale peut délivrer un mandat — rédigé selon la formule 5.02 — autorisant le prélèvement en conformité avec le paragraphe 487.06(1), pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles d'une personne jugé nécessaire à cette fin, s'il est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment, que cela servirait au mieux l'administration de la justice et qu'il existe des motifs raisonnables de croire :

a) qu'une infraction désignée a été perpétrée;

b) qu'une substance corporelle a été trouvée ou recueillie;

(i) sur le lieu de l'infraction,

(ii) sur la victime ou à l'intérieur du corps de celle-ci,

(iii) sur ce qu'elle portait ou transportait lors de la perpétration de l'infraction,

(iv) sur une personne ou à l'intérieur du corps d'une personne, sur une chose ou à l'intérieur d'une chose ou en des lieux, liés à la perpétration de l'infraction;

c) que la personne a participé à l'infraction;

d) que l'analyse génétique de la substance corporelle prélevée apportera des preuves selon lesquelles la substance corporelle visée à l'alinéa b) provient ou non de cette personne.

Form 5.02 authorizing the taking, from that person, for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1).

. . .

Investigative procedures

487.06 (1) A peace officer or a person acting under a peace officer's direction is authorized by a warrant issued under section 487.05, an order made under section 487.051 or an authorization granted under section 487.055 or 487.091 to take samples of bodily substances by any of the following means:

(a) the plucking of individual hairs from the person, including the root sheath;

(b) the taking of buccal swabs by swabbing the lips, tongue and inside cheeks of the mouth to collect epithelial cells; or

(c) the taking of blood by pricking the skin surface with a sterile lancet.

Appeal dismissed, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Chiefs of Police: Edmonton Police Service, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

. . .

Prélèvements

487.06 (1) Le mandat délivré en vertu de l'article 487.05, l'ordonnance rendue en vertu de l'article 487.051 ou l'autorisation délivrée en vertu des articles 487.055 ou 487.091 autorise l'agent de la paix — ou toute personne agissant sous son autorité — à obtenir des échantillons de substances corporelles de l'intéressé par prélèvement :

a) de cheveux ou de poils comportant la gaine épithéliale;

b) de cellules épithéliales par écouvillonnage des lèvres, de la langue ou de l'intérieur des joues;

c) de sang au moyen d'une piqûre à la surface de la peau avec une lancette stérilisée.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant : Royal & Company, Edmonton; Conor Davis, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des chefs de police : Edmonton Police Service, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Abergel Goldstein & Partners, Ottawa.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rcs@scc-csc.ca