Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2015 Vol. 2

1er cahier, 2015 Vol. 2

Cited as [2015] 2 S.C.R. 3-323

Renvoi [2015] 2 R.C.S. 3-323

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	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

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

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME	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, 2015.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2015.

CONTENTS

Mouvement laïque québécois *v.* Saguenay (City) 3

Human rights — Freedom of conscience and religion — Right to equality — Discriminatory practices — Principle of religious neutrality of state — Whether practice of members of municipal council that is regulated by by-law and that consists of reciting prayer at start of each meeting of council is in breach of principle of religious neutrality of state and results in discriminatory interference with freedom of conscience and religion — If so, whether remedies granted by Human Rights Tribunal appropriate — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 10.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Specialized administrative tribunal — Applicable standard of review on statutory appeal from final decision of Quebec Human Rights Tribunal — Whether decision subject to standards of review applicable to judicial review proceeding, or to appellate standards — Whether Court of Appeal erred in applying correctness standard to all Tribunal's conclusions, except for one with respect to expert evidence, for which it referred to palpable and overriding error — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 132, 133.

Carey *v.* Laiken 79

Civil procedure — Contempt of court — Required intent — Mareva injunction issued enjoining any person with knowledge of order from disposing of or otherwise dealing with assets of lawyer's client — Lawyer having knowledge of injunction but returning trust account funds to client — Lawyer not found in contempt on basis that terms of order not clear and lawyer's interpretation of order not deliberately and wilfully blind — Whether intent to interfere with administration of justice required to prove civil contempt — Whether lawyer in contempt.

Courts — Judges — Jurisdiction — Contempt of court — Motions judge's discretion to revisit contempt finding — Lawyer breaching terms of injunction found in contempt — Lawyer moving to reopen contempt hearing — Motions judge setting aside initial contempt finding — Whether motions judge erred in setting aside initial contempt finding — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 60.11.

Continued on next page

SOMMAIRE

Mouvement laïque québécois *c.* Saguenay (Ville) 3

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Droit à l'égalité — Pratiques discriminatoires — Principe de la neutralité religieuse de l'État — La pratique des membres d'un conseil municipal, encadrée par règlement et consistant à réciter une prière au début de chaque réunion du conseil, contrevient-elle au principe de la neutralité religieuse de l'État et engendre-t-elle une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion? — Dans l'affirmative, les mesures de réparation prononcées par le Tribunal des droits de la personne sont-elles appropriées? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 10.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal administratif spécialisé — Quelle est la norme de contrôle applicable lors de l'appel prévu par la loi d'une décision finale du Tribunal des droits de la personne du Québec? — La décision est-elle assujettie aux normes de contrôle de la révision judiciaire ou à celles de l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal, à l'exception de la preuve d'expert qu'elle a appréciée au regard de l'erreur manifeste et déterminante? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 132, 133.

Carey *c.* Laiken 79

Procédure civile — Outrage au tribunal — Intention requise — Prononcé d'une injonction Mareva interdisant à toute personne qui en connaît l'existence de se départir des actifs d'un client de l'avocat ou de les utiliser à d'autres fins — Avocat ayant connaissance de l'existence de l'injonction retourne malgré tout à son client des fonds détenus dans son compte en fiducie — Avocat déclaré non coupable d'outrage au motif que les prescriptions de l'ordonnance n'étaient pas claires et que l'interprétation de celle-ci par l'avocat n'était pas le fruit d'un aveuglement volontaire — L'intention d'entraver l'administration de la justice est-elle requise pour prouver l'outrage civil? — L'avocat s'est-il rendu coupable d'outrage?

Tribunaux — Juges — Compétence — Outrage au tribunal — Pouvoir discrétionnaire du juge des motions de réexaminer une conclusion d'outrage — Avocat ayant contrevenu aux prescriptions d'une injonction trouvé coupable d'outrage — Demande de l'avocat pour rouvrir l'audience relative à l'outrage — Annulation par la juge des motions de sa décision initiale d'outrage — La juge des motions a-t-elle commis une erreur en annulant sa décision initiale d'outrage? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 60.11.

Suite à la page suivante

Theratechnologies inc. *v.* 121851 Canada inc. 106

Securities — Statutory disclosure obligations — Action for damages — Prior judicial authorization — Pharmaceutical company in process of obtaining approval to market new drug — Questions on drug's potential side effects raised as part of approval process — Questions publicized by stock quotation enterprises resulting in drop of pharmaceutical company's share price — Corporate shareholder seeking to institute class action for breach of company's disclosure obligation — Action requiring prior judicial authorization based on whether there is a "reasonable possibility that it will be resolved in plaintiff's favour" — Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5.3, 73, 225.4.

Zurich Insurance Co. *v.* Chubb Insurance Co. of Canada 134

Insurance — Automobile insurance — Statutory accident benefits scheme — Claimant having declined optional motor vehicle liability policy from insurance company upon renting vehicle subsequently injured in single-vehicle accident — Insurance company refusing to provide benefits available under statutory scheme — Nexus between insurer and claimant — Application judge correctly found that arbitrator erred in concluding that insurance company not an insurer for purposes of statutory scheme — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

Sanofi-Aventis *v.* Apotex Inc. 136

Intellectual property — Patents — Medicines — Manufacturer applied to market generic version of drug — Patentees of drug applied for prohibition orders that triggered statutory stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations and prevented manufacturer from selling generic for 24 months — Action for damages brought under s. 8 of Regulations for delayed market entry — Court of Appeal holding that trial judge did not err in determining liability period of 24 months, in determining that patentees' authorized generic version would have entered market within three months and achieved 30 percent share of hypothetical market within liability period, or in determining that manufacturer entitled to compensation for lost sales of its generic

Continued on next page

Theratechnologies inc. *c.* 121851 Canada inc. 106

Valeurs mobilières — Obligations légales de divulgation — Action en dommages-intérêts — Autorisation judiciaire préalable — Société pharmaceutique en cours d'obtention de l'approbation d'une drogue nouvelle — Questions relatives aux effets secondaires possibles du médicament soulevées dans le cadre du processus d'approbation — Publication des questions par une entreprise de cotation boursière entraînant une chute du prix des actions de la société pharmaceutique — Société actionnaire cherchant à intenter un recours collectif pour manquement à l'obligation de divulgation de la société — Autorisation judiciaire préalable de l'action accordée s'il existe « une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » — Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5.3, 73, 225.4.

Zurich Cie d'Assurances *c.* Chubb du Canada Cie d'Assurance 134

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnités d'accident légales — Blessures subies par la réclamante à l'occasion d'un accident touchant un seul véhicule survenu après que celle-ci eut refusé de souscrire à une police de responsabilité automobile optionnelle offerte par la société d'assurance lors de la location du véhicule — Refus de la société d'assurance de verser les indemnités prévues par le régime légal — Lien entre l'assureur et la réclamante — Le juge saisi de la demande a à juste titre décidé que l'arbitre avait fait erreur en concluant que la société d'assurance n'était pas un assureur pour l'application du régime légal — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

Sanofi-Aventis *c.* Apotex Inc. 136

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Demande d'un fabricant en vue de mettre en marché une version générique d'un médicament — Sollicitation par les titulaires d'un brevet à l'égard du médicament pour des ordonnances d'interdiction ce qui ont entraîné le sursis réglementaire prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et empêché le fabriquant d'en vendre la version générique durant 24 mois — Action en dommages-intérêts, intentée en vertu de l'art. 8 du Règlement, en raison du délai écoulé avant la mise en marché — Selon la Cour d'appel, aucune erreur de la juge de première instance quant à la fixation de la période de responsabilité à 24 mois, quant à son évaluation à trois mois de la période qu'il aurait fallu pour mettre sur le marché la

Suite à la page suivante

version associated with unapproved indications — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

Association des parents de l'école Rose-des-vents *v.* British Columbia (Education) 139

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Substantive equality — Manner in which court should assess whether children of rights holders are provided with educational experience equivalent to that provided in schools of linguistic majority of province or territory — Are issues of costs and practicalities relevant to equivalence analysis? — Whether a finding of lack of equivalence amounts to Charter breach — Whether it is necessary to determine responsibility as between province or territory and school board prior to finding prima facie breach of s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedure — Hearing — Procedural fairness — Phasing of proceedings — Relevance of pleadings — Petition judge phasing proceedings, leaving determination of responsibility for Charter breach to later phase — Petition judge striking portions of province's pleadings as irrelevant to first phase — Whether procedures adopted by petition judge procedurally unfair.

Quebec (Attorney General) *v.* Canada (Attorney General) 179

Constitutional law — Courts — Judges — Judge of the Federal Court of Appeal appointed to the Court of Appeal of Quebec — Reference by the Quebec government concerning s. 98 of the Constitution Act, 1867 — Opinion of the Court of Appeal that (1) the "Courts of Quebec" contemplated by s. 98 are those whose judges are appointed by the Governor General, that is, the Court of Appeal of Quebec and the Superior Court of Quebec, and that (2) s. 98 requires that a person appointed to one of the Courts of Quebec have previously been a member of the Barreau du Québec or be such a member when appointed.

Continued on next page

version générique autorisée du médicament breveté et du fait que ce produit aurait occupé jusqu'à 30 pour 100 du marché hypothétique durant la période de responsabilité, ni quant à sa conclusion que le manufacturier a droit à une indemnité pour les pertes de ventes de sa version générique du médicament dû à des indications non approuvées — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

Association des parents de l'école Rose-des-vents *c.* Colombie-Britannique (Éducation) 139

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Égalité réelle — Manière dont le tribunal doit déterminer si l'expérience éducative des enfants de titulaires de droits est équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité linguistique de la province ou du territoire en question — Les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence? — Une conclusion d'absence d'équivalence équivaut-elle à une conclusion qu'il y a violation de la Charte? — Est-il nécessaire de départager la responsabilité entre la province ou le territoire et le conseil scolaire avant de conclure à une violation prima facie de l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure — Audience — Équité procédurale — Division de l'instance en étapes — Pertinence des actes de procédure — Juge saisi de la requête divisant l'instance en étapes et remettant la détermination de la responsabilité pour la violation de la Charte à une étape ultérieure — Passages des actes de procédure de la province radiés par le juge saisi de la requête parce que non pertinents quant à la première étape — La procédure adoptée par le juge saisi de la requête est-elle inéquitable sur le plan procédural?

Québec (Procureure générale) *c.* Canada (Procureur général) 179

Droit constitutionnel — Tribunaux — Juges — Juge de la Cour d'appel fédérale nommé à la Cour d'appel du Québec — Renvoi du gouvernement du Québec relatif à l'art. 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Opinion de la Cour d'appel selon laquelle (1) les cours du Québec visées par l'art. 98 sont celles dont les juges sont nommés par le gouverneur général, soit la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et (2) l'art. 98 exige qu'une personne nommée à l'une des cours du Québec ait été membre du Barreau du Québec dans le passé ou le soit au moment de sa nomination.

Suite à la page suivante

White Burgess Langille Inman *v.* Abbott and Haliburton Co. 182

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert's duty to court — How expert's duty relates to admissibility of expert's evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert's affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert's duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

Henry *v.* British Columbia (Attorney General) 214

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Damages — Civil action — Prosecutorial misconduct in criminal proceedings — Disclosure obligations of prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Continued on next page

White Burgess Langille Inman *c.* Abbott and Haliburton Co. 182

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Normes fondamentales d'admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal — Rapport entre l'obligation de l'expert et l'admissibilité de son témoignage — Opinion d'une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l'exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l'affidavit de l'expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l'expert n'était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l'obligation de l'expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

Henry *c.* Colombie-Britannique (Procureur général) 214

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts — Action civile — Conduite répréhensible du poursuivant dans des poursuites criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l'avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l'État en vertu de l'art. 24(1) — L'article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l'État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l'adjudication de dommages-intérêts en vertu de l'art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Yukon Francophone School Board, Education Area #23 *v.* Yukon (Attorney General) 282

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

Constitutional law — Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 *c.* Yukon (Procureure générale) 282

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

Droit constitutionnel — Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 2, 2015

2e volume, 2015

Mouvement laïque québécois and Alain Simoneau *Appellants*

v.

City of Saguenay and Jean Tremblay *Respondents*

and

Human Rights Tribunal, Evangelical Fellowship of Canada, Catholic Civil Rights League, Faith and Freedom Alliance, Association des parents catholiques du Québec, Canadian Secular Alliance and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: Mouvement laïque québécois *v.* Saguenay (City)

2015 SCC 16

File No.: 35496.

2014: October 14; 2015: April 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Freedom of conscience and religion — Right to equality — Discriminatory practices — Principle of religious neutrality of state — Whether practice of members of municipal council that is regulated by by-law and that consists of reciting prayer at start of each meeting of council is in breach of principle of religious neutrality of state and results in discriminatory interference with freedom of conscience and religion — If so, whether remedies granted by Human Rights Tribunal appropriate — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 10.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Specialized administrative tribunal — Applicable standard of review on statutory appeal from final decision

Mouvement laïque québécois et Alain Simoneau *Appelants*

c.

Ville de Saguenay et Jean Tremblay *Intimés*

et

Tribunal des droits de la personne, Alliance évangélique du Canada, Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance, Association des parents catholiques du Québec, Canadian Secular Alliance et Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

Répertorié : Mouvement laïque québécois *c.* Saguenay (Ville)

2015 CSC 16

N° du greffe : 35496.

2014 : 14 octobre; 2015 : 15 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Liberté de conscience et de religion — Droit à l'égalité — Pratiques discriminatoires — Principe de la neutralité religieuse de l'État — La pratique des membres d'un conseil municipal, encadrée par règlement et consistant à réciter une prière au début de chaque réunion du conseil, contrevient-elle au principe de la neutralité religieuse de l'État et engendre-t-elle une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion? — Dans l'affirmative, les mesures de réparation prononcées par le Tribunal des droits de la personne sont-elles appropriées? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 10.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal administratif spécialisé — Quelle est la norme de contrôle applicable lors de l'appel prévu par la loi

of Quebec Human Rights Tribunal — Whether decision subject to standards of review applicable to judicial review proceeding, or to appellate standards — Whether Court of Appeal erred in applying correctness standard to all Tribunal's conclusions, except for one with respect to expert evidence, for which it referred to palpable and overriding error — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 132, 133.

S regularly attended the public meetings of the municipal council of the City of Saguenay. At the start of each meeting, the mayor would recite a prayer after making the sign of the cross while saying "in the name of the Father, the Son and the Holy Spirit". The prayer also ended with the sign of the cross and the same words. Other councillors and City officials would cross themselves at the beginning and end of the prayer as well. In one of the council chambers, there was a Sacred Heart statue fitted with a red electric votive light. In another, there was a crucifix hanging on the wall. S, who considers himself an atheist, felt uncomfortable with this display, which he considered religious, and asked the mayor to stop the practice. When the mayor refused, S complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. He argued that his freedom of conscience and religion was being infringed, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*, and asked that the recitation of the prayer cease and that all religious symbols be removed from council chambers.

The Commission limited its investigation to the question whether the prayer was discriminatory. It considered the evidence to be sufficient to submit the dispute to the Human Rights Tribunal, but it did not do so itself, because the Tribunal had recently decided a similar case and because it considered S to be in a position to defend his individual rights by himself. S then pursued his remedy, with the support of the Mouvement laïque québécois ("MLQ"), by means of an application to the Tribunal. The City then adopted a by-law whose purpose was to regulate the recitation of the prayer, and that also changed the wording of the prayer and provided for a two-minute delay between the end of the prayer and the official opening of council meetings. The mayor and the councillors continued to act in the same way as described above, however, and S and the MLQ amended their motion to ask the Tribunal to declare the by-law to be inoperative and of no force or effect in relation to S.

The Tribunal granted the application, finding that the prayer was, when considered in light of its context, religious in nature and that the City and its mayor, by having

d'une décision finale du Tribunal des droits de la personne du Québec? — La décision est-elle assujettie aux normes de contrôle de la révision judiciaire ou à celles de l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal, à l'exception de la preuve d'expert qu'elle a appréciée au regard de l'erreur manifeste et déterminante? — Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 132, 133.

S assiste régulièrement aux séances publiques du conseil municipal de la Ville de Saguenay. Au début de chaque séance, le maire récite une prière, qu'il précède d'un signe de croix accompagné des mots « au nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». La prière se termine par le même signe de croix et les mêmes mots. D'autres conseillers et représentants de la Ville font aussi un signe de croix au début et à la fin de la prière. Une statue du Sacré-Cœur, ornée d'un lampion rouge électrique, est placée dans l'une des salles du conseil. Un crucifix est accroché au mur d'une autre. S, qui se dit athée, ressent un malaise face à cette manifestation qu'il estime religieuse et demande au maire de cesser cette pratique. Devant son refus, il porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Il soutient que sa liberté de conscience et de religion est brimée, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Il réclame que cesse la récitation de la prière et demande de retirer des salles du conseil tout symbole religieux.

La Commission n'enquête que sur le caractère discriminatoire de la prière. Elle juge que la preuve est suffisante pour soumettre le litige au Tribunal des droits de la personne, mais ne le fait pas elle-même, puisque le Tribunal a récemment tranché une affaire similaire et parce qu'elle estime que S est à même de faire valoir seul ses droits individuels. S intente alors son propre recours devant le Tribunal, avec l'appui du Mouvement laïque québécois (« MLQ »). La Ville adopte par la suite un règlement qui vise à encadrer la récitation de la prière, à en modifier le texte et à prévoir un délai de deux minutes entre la fin de la prière et l'ouverture officielle des séances du conseil. Le comportement du maire et des conseillers demeure toutefois identique, et S et le MLQ amendent leur requête pour demander au Tribunal de déclarer le règlement inopérant et sans effet à l'égard de S.

Le Tribunal accueille le recours. Il conclut que, analysée dans son contexte, la prière a un caractère religieux et que, par sa récitation, la Ville et son maire favorisent une

it recited, were showing a preference for one religion to the detriment of others, which constituted a breach of the state's duty of neutrality. The Tribunal also concluded that the prayer and the exhibiting of religious symbols resulted in an interference with S's freedom of conscience and religion that was more than trivial or insubstantial, and that the interference was discriminatory. It declared the by-law inoperative and invalid, ordered the City and the mayor to cease the recitation of the prayer and to remove all religious symbols from the rooms where the council's meetings were held, and awarded $30,000 in compensatory and punitive damages to S. It refused to award the reimbursement of extrajudicial fees, however, because, in its view, the City and the mayor were not guilty of an improper use of procedure.

The Court of Appeal allowed the appeal. In its opinion, the question of the religious neutrality of the state was a matter of importance to the legal system that required the application of the standard of review of correctness. It held that the prayer at issue expressed universal values and could not be identified with any particular religion, and that the religious symbols were works of art that were devoid of religious connotation and did not affect the state's neutrality. According to the Court of Appeal, S had not been discriminated against on the ground of freedom of conscience and religion. The interference, if any, was trivial or insubstantial.

Held: The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Where a statute provides for an appeal from a decision of a specialized administrative tribunal such as the Tribunal, the appropriate standards of review are the ones that apply on judicial review, not on an appeal. The Tribunal is not a court to which the *Courts of Justice Act* applies. Its jurisdiction is based on the mechanism for receiving and processing complaints that is provided for in the *Quebec Charter* and implemented by the Commission, and is protected by the *Charter* by means of a privative clause and a supporting clause. The Tribunal's procedure reflects its nature as a specialized administrative tribunal, and the existence of a right to appeal with leave does not change that nature. Nor is the fact that the Tribunal does not have exclusive jurisdiction in discrimination cases and that a complainant can also turn to the ordinary courts determinative. The scope of a right to appeal and the absence of exclusive jurisdiction may sometimes affect the deference to be shown to decisions of a specialized administrative tribunal, but they do not mean that the standards of review with respect to judicial review cease to apply.

croyance religieuse au détriment des autres, ce qui contrevient à l'obligation de neutralité de l'État. Le Tribunal conclut aussi que la prière et l'exposition de symboles religieux engendrent une atteinte plus que négligeable ou insignifiante à la liberté de conscience et de religion de S et que cette atteinte est discriminatoire. Il déclare le règlement inopérant et sans effet, ordonne à la Ville et au maire de cesser la récitation de la prière, leur enjoint de retirer tout symbole religieux des enceintes où se tiennent les séances du conseil et octroie à S des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 $. Il refuse toutefois d'octroyer le remboursement d'honoraires extrajudiciaires, car il juge que la Ville et le maire n'ont pas abusé de leurs droits.

La Cour d'appel accueille l'appel. Elle estime que la question de la neutralité religieuse de l'État est une question d'importance pour le système juridique qui commande l'application de la norme de contrôle de la décision correcte. Elle juge que la prière en cause exprime des valeurs universelles et ne s'identifie à aucune religion particulière, et que les symboles religieux sont des objets d'art dépouillés de connotation religieuse qui n'interfèrent pas avec la neutralité de l'État. Selon la Cour d'appel, S ne fait pas l'objet de discrimination fondée sur sa liberté de conscience et de religion. L'atteinte, s'il en est, est négligeable ou insignifiante.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Lorsqu'une loi prévoit un appel à l'encontre des décisions d'un tribunal administratif spécialisé comme le Tribunal, les normes de contrôle à favoriser sont celles applicables à la révision judiciaire, et non à l'appel. Le Tribunal n'est pas un tribunal judiciaire visé par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Sa compétence est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la *Charte québécoise* et mis en œuvre par la Commission et est protégée par la *Charte* à l'aide d'une clause privative et d'une clause de renfort. La procédure devant le Tribunal reflète sa nature administrative spécialisée, et l'existence d'un droit d'appel sur permission n'y change rien. Le fait que le Tribunal n'ait pas compétence exclusive en matière de discrimination et qu'un plaignant puisse aussi faire appel aux tribunaux de droit commun n'est pas non plus déterminant. L'étendue d'un droit d'appel et l'absence de compétence exclusive peuvent parfois influer sur la déférence applicable envers les décisions d'un tribunal administratif spécialisé, mais elles n'écartent pas pour autant les normes de contrôle propres à la révision

The choice of the applicable standard depends primarily on the nature of the questions that have been raised. Deference should normally be shown where the Tribunal acts within its specialized area of expertise, interprets the *Quebec Charter* and applies that charter's provisions to the facts to determine whether a complainant has been discriminated against. However, the presumption of deference can sometimes be rebutted if a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal's jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard. The presumption can also be rebutted where general questions of law are raised that are of importance to the legal system and fall outside the specialized administrative tribunal's area of expertise.

In this case, the Court of Appeal erred in applying the standard of correctness to all the Tribunal's conclusions while assessing the expert evidence on the basis of the palpable and overriding error criterion. Although the correctness standard applied to the question of law relating to the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from freedom of conscience and religion, that of reasonableness applied on the question whether the prayer was religious in nature, the extent to which the prayer interfered with the complainant's freedom, the determination of whether it was discriminatory, the qualification of the experts and the assessment of the probative value of their testimony. Where the religious symbols were concerned, on the other hand, the Court of Appeal was right to find that, because the Commission had not conducted an investigation into this question, it was not open to the Tribunal to consider it.

The state's duty of religious neutrality results from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion. The evolution of Canadian society has given rise to a concept of this neutrality according to which the state must not interfere in religion and beliefs. The state must instead remain neutral in this regard, which means that it must neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief. The pursuit of the ideal of a free and democratic society requires the state to encourage everyone to participate freely in public life regardless of their beliefs. A neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity, and it helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society. The state's duty to protect every person's freedom of conscience and religion means that it may not use its powers in such a way as to promote the participation of certain believers or non-believers in public life

judiciaire. Le choix de la norme de contrôle applicable dépend principalement de la nature des questions soulevées. La déférence est normalement requise lorsque le Tribunal agit à l'intérieur de son champ d'expertise et qu'il interprète la *Charte québécoise* et applique ses dispositions aux faits pour décider de l'existence de discrimination. Par contre, la présomption de déférence peut parfois être repoussée si une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence d'un tribunal sur certaines questions; l'existence d'une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin. C'est aussi le cas lorsque se soulève une question de droit générale d'importance pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du tribunal administratif spécialisé.

En l'espèce, la Cour d'appel a erré en appliquant la norme de la décision correcte à l'ensemble des conclusions du Tribunal tout en appréciant la preuve d'expert au regard du critère de l'erreur manifeste et déterminante. Si la norme de la décision correcte s'appliquait à la question de droit relative aux contours de la neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion, la norme de la décision raisonnable s'appliquait toutefois pour ce qui est de l'évaluation du caractère religieux de la prière, de la portée des atteintes causées par celle-ci au plaignant, de la détermination du caractère discriminatoire de la prière, de la qualification des experts et de l'appréciation de la valeur probante de leurs témoignages. Au regard des symboles religieux par contre, la Cour d'appel a eu raison de conclure qu'en l'absence d'enquête de la Commission sur le sujet, le Tribunal ne pouvait se prononcer sur cette question.

L'obligation de neutralité religieuse de l'État résulte de l'interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion. L'évolution de la société canadienne a engendré une conception de cette neutralité suivant laquelle l'État ne doit pas s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard, ce qui exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus que l'incroyance. La poursuite de l'idéal d'une société libre et démocratique requiert de l'État qu'il encourage la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance. Un espace public neutre, libre de contraintes, de pressions et de jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité, tend à protéger la liberté et la dignité de chacun, et favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne. En raison de l'obligation qu'il a de protéger la liberté de conscience et de religion de chacun, l'État ne peut utiliser ses pouvoirs d'une manière qui favoriserait la participation de certains croyants ou

to the detriment of others. If the state adheres to a form of religious expression under the guise of cultural or historical reality or heritage, it breaches its duty of neutrality. The Tribunal was therefore correct in holding that the state's duty of neutrality means that a state authority cannot make use of its powers to promote or impose a religious belief. Contrary to what the Court of Appeal suggested, the state's duty to remain neutral on questions relating to religion cannot be reconciled with a benevolence that would allow it to adhere to a religious belief.

A provision of a statute, of regulations or of a by-law will be inoperative if its purpose is religious and therefore cannot be reconciled with the state's duty of neutrality. Where the purpose of an impugned provision is to regulate a practice engaged in by state officials that is itself being challenged, the analysis of the provision must take account of the practice it regulates. In a case in which a complaint of discrimination based on religion concerns a state practice, the alleged breach of the duty of neutrality must be established by proving that the state is professing, adopting or favouring one belief to the exclusion of all others and that the exclusion has resulted in interference with the complainant's freedom of conscience and religion. To conclude that an infringement has occurred, the Tribunal must be satisfied that the complainant's belief is sincere, and must find that the complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs has been interfered with in a manner that is more than trivial or insubstantial. Where the impugned practice is regulated by a legislative provision, the state can invoke s. 9.1 of the *Quebec Charter* to show that this provision that, in its effect, infringes freedom of conscience and religion constitutes a reasonable and justified limit in a free and democratic society.

The Tribunal's finding in this case that there had been discriminatory interference with S's freedom of conscience and religion for the purposes of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* was reasonable. The recitation of the prayer at the council's meetings was above all else a use by the council of public powers to manifest and profess one religion to the exclusion of all others. On the evidence in the record, it was reasonable for the Tribunal to conclude that the City's prayer is in fact a practice of a religious nature. Its decision on this point was supported by reasons that were both extensive and intelligible, and the background facts, which were reviewed in detail, support its conclusion. Likewise, the Tribunal's conclusions on the issues of qualifying the expert of S and the MLQ and of the probative value of his opinion were not unreasonable. A relationship between an expert and a

incroyants à la vie publique au détriment des autres. Si, sous le couvert d'une réalité culturelle, historique ou patrimoniale, l'État adhère à une forme d'expression religieuse, il ne respecte pas son obligation de neutralité. Le Tribunal a donc correctement décidé en statuant que, en raison de son obligation de neutralité, une autorité étatique ne peut instrumentaliser ses pouvoirs afin de promouvoir ou d'imposer une croyance religieuse. Contrairement à ce que suggère la Cour d'appel, l'obligation de l'État de demeurer neutre en matière religieuse n'est pas conciliable avec une bienveillance qui lui permettrait d'adhérer à une croyance religieuse.

Une disposition législative ou réglementaire est inopérante lorsque son objet est religieux, et donc inconciliable avec l'obligation de neutralité de l'État. Lorsque la disposition attaquée vise à encadrer une pratique des représentants de l'État qui est elle aussi contestée, l'analyse de la disposition doit tenir compte de la pratique qu'elle encadre. Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État, le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant. Pour conclure qu'il existe une atteinte, le Tribunal doit être convaincu de la sincérité de la croyance du plaignant et constater une atteinte plus qu'insignifiante ou négligeable à la capacité du plaignant à agir en conformité avec ses croyances. Lorsque la pratique contestée est encadrée par une disposition à caractère législatif, l'État peut invoquer l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* afin de démontrer que la disposition dont les effets attentent à la liberté de conscience et de religion constitue une limite raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En l'espèce, la conclusion du Tribunal voulant qu'il y ait une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de S au sens des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* est raisonnable. La récitation de la prière aux séances du conseil constitue avant tout une utilisation des pouvoirs publics par le conseil dans le but de manifester et de professer une religion à l'exclusion des autres. Eu égard à la preuve au dossier, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que la prière de la Ville est en réalité une pratique dont le caractère est religieux. Sa décision sur ce point est étayée par des motifs étoffés et intelligibles, et le contexte factuel examiné en détail appuie sa conclusion. De même, les conclusions du Tribunal sur la qualité de l'expert de S et du MLQ pour témoigner et sur la valeur probante de son opinion ne sont pas déraisonnables. Le lien entre un expert et une partie ne le rend

party does not automatically disqualify the expert. Even though the Tribunal did not discuss the expert's independence and impartiality in detail, it was very aware of his relationship with the MLQ and of his views with respect to secularism; it was only after discussing all the evidence, including the substance of the testimony of all the experts, that it decided to accept his testimony.

The prayer recited by the municipal council in breach of the state's duty of neutrality resulted in a distinction, exclusion and preference based on religion — that is, based on S's sincere atheism — which, in combination with the circumstances in which the prayer was recited, turned the meetings into a preferential space for people with theistic beliefs. The latter could participate in municipal democracy in an environment favourable to the expression of their beliefs. Although non-believers could also participate, the price for doing so was isolation, exclusion and stigmatization. This impaired S's right to exercise his freedom of conscience and religion. The attempt at accommodation provided for in the by-law, namely giving those who preferred not to attend the recitation of the prayer the time they needed to re-enter the council chamber, had the effect of exacerbating the discrimination. The Tribunal's findings to the effect that the interference with S's freedom of conscience and religion was more than trivial or insubstantial were supported by solid evidence, and deference is owed to the Tribunal's assessment of the effect of the prayer on S's freedom of conscience and religion.

Barring the municipal council from reciting the prayer would not amount to giving atheism and agnosticism prevalence over religious beliefs. There is a distinction between unbelief and true neutrality. True neutrality presupposes abstention, but it does not amount to a stand favouring one view over another. Moreover, it has not been established in this case that the prayer is non-denominational. The Tribunal's findings of fact instead tend toward the opposite result. Be that as it may, the respondents themselves conceded at the hearing that the prayer is nonetheless a religious practice. Even if it is said to be inclusive, it may nevertheless exclude non-believers. As for the proposed analogy to the prayer recited by the Speaker of the House of Commons, in the absence of evidence concerning that prayer, it would be inappropriate to use it to support a finding that the City's prayer is valid. Finally, the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* cannot lead to an interpretation of freedom of conscience and religion that authorizes the state to consciously profess a theistic faith. The preamble articulates the political theory on which the *Charter*'s protections are based. The express provisions of the *Canadian Charter* and of the *Quebec Charter*, such as those

pas automatiquement inhabile. Même si le Tribunal ne traite pas en détail de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert, il est toutefois bien conscient des liens de celui-ci avec le MLQ et de ses opinions sur la laïcité; ce n'est qu'au terme d'un examen de l'ensemble de la preuve, incluant la substance du témoignage de tous les experts, qu'il a décidé de retenir son opinion.

La prière récitée par le conseil municipal en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion, soit l'athéisme sincère de S, qui, conjuguée aux circonstances entourant sa récitation, fait des séances un espace préférentiel favorisant les croyants théistes. Ces derniers peuvent participer à la démocratie municipale dans un environnement favorable à l'expression de leurs croyances, alors que si les incroyants peuvent eux aussi participer, c'est au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation. Cela compromet le droit de S à l'exercice de sa liberté de conscience et de religion. La tentative d'accommodement que prévoit le règlement et qui consiste à allouer à ceux qui préfèrent ne pas assister à la prière le temps requis pour réintégrer la salle a pour effet d'exacerber la discrimination. Une preuve solide étayait les conclusions du Tribunal selon lesquelles l'entrave à la liberté de conscience et de religion de S était plus que négligeable ou insignifiante, et il y a lieu de faire preuve de déférence envers cette évaluation des effets de la prière sur la liberté de conscience et de religion de S.

Le fait d'empêcher le conseil municipal de réciter la prière n'équivaut pas à faire triompher l'athéisme et l'agnosticisme sur les croyances religieuses. Il existe une distinction entre l'incroyance et la neutralité réelle. Cette dernière suppose l'abstention, mais cela n'est pas une prise de position en faveur d'une perspective plutôt que d'une autre. Par ailleurs, le caractère non confessionnel de la prière n'est pas établi en l'espèce. Les conclusions factuelles du Tribunal vont dans le sens contraire. Quoi qu'il en soit, la Ville et son maire ont eux-mêmes admis à l'audience que cette prière n'en demeure pas moins une pratique religieuse. Même si on la qualifiait d'inclusive, elle risque néanmoins d'exclure les incroyants. Quant à l'analogie proposée avec la prière que récite le Président de la Chambre des communes, en l'absence de preuve sur celle-ci, il est inopportun de l'utiliser pour valider la prière de la Ville. Enfin, la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule est l'expression de la thèse politique sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme. Les dispositions explicites de la *Charte*

regarding freedom of conscience and religion, must be given a generous and expansive interpretation. This is necessary to ensure that those to whom these charters apply enjoy the full benefit of the rights and freedoms, and that the purpose of the charters is attained.

Insofar as the by-law infringed the *Quebec Charter*, the Tribunal could declare it to be inoperative in relation to S, but it could not declare it to be "inoperative and invalid" without further clarification, as that would amount to a general declaration of invalidity, which the Tribunal does not have the jurisdiction to make. The Tribunal could make any necessary orders to put an end to the identified interference in relation to the prayer. Even though it should not have taken certain factors into account in awarding compensatory damages, its decision on this subject, viewed as a whole, satisfied the reasonableness test. As for the Tribunal's decision on the issue of punitive damages, reasons that are intelligible were given for it, and the Tribunal is entitled to deference. Finally, the Tribunal's conclusion that no improper use of procedure had occurred and its refusal to award S and the MLQ the reimbursement of their extrajudicial fees were reasonable.

Per Abella J.: There is agreement with the majority that the appeal should be allowed. However, using different standards of review for each different aspect of a decision is a departure from the Court's jurisprudence that risks undermining the framework for how decisions of specialized tribunals are generally reviewed. The reasons of a specialized tribunal must be read as a whole to determine whether the result is reasonable.

Questions of general importance to the legal system attract the correctness standard only if they are outside the tribunal's expertise. Since state neutrality is about what the role of the state is in protecting freedom of religion, part of the inquiry into freedom of religion necessarily engages the question of state religious neutrality. It is not a transcendent legal question meriting its own stricter standard, it is an inextricable part of deciding whether discrimination based on freedom of religion has taken place. This is the Tribunal's daily fare. To extricate state neutrality from the discrimination analysis as being of singular significance to the legal system, elevates it from its contextual status into a defining one.

canadienne et de la *Charte québécoise*, telles celles relatives à la liberté de conscience et de religion, doivent recevoir une interprétation large et libérale. Cela est nécessaire pour assurer aux justiciables le plein bénéfice des droits et libertés, et aussi, réaliser l'objet de ces chartes.

Dans la mesure où le règlement contrevient à la *Charte québécoise*, le Tribunal pouvait le déclarer inopérant à l'égard de S, mais il ne pouvait le déclarer « inopérant et sans effet » sans plus de précision, car cela équivaut à une déclaration générale d'invalidité, ce qui n'est pas de son ressort. Le Tribunal pouvait prononcer les ordonnances nécessaires pour que cesse l'atteinte identifiée relativement à la prière. Même si le Tribunal ne devait pas tenir compte de certains éléments dans l'octroi des dommages-intérêts compensatoires, sa décision à ce sujet, analysée globalement, satisfait au critère de la raisonnabilité. Quant à la décision du Tribunal sur la question des dommages-intérêts punitifs, elle est motivée et intelligible, et le Tribunal a droit à la déférence. Enfin, la conclusion du Tribunal sur l'absence d'abus et sur le refus d'ordonner le remboursement des honoraires extrajudiciaires de S et du MLQ est raisonnable.

La juge Abella : Il y a accord avec les juges de la majorité pour accueillir l'appel. Toutefois, l'utilisation de normes de contrôle distinctes pour chacun des différents aspects d'une décision marque une rupture avec notre jurisprudence qui risque d'affaiblir le cadre au moyen duquel les décisions des tribunaux spécialisés sont généralement contrôlées. Les motifs d'un tel tribunal doivent être considérés dans leur ensemble afin de décider si le résultat est raisonnable.

Les questions d'importance générale pour le système juridique sont assujetties à la norme de la décision correcte uniquement si elles sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal administratif. Comme la neutralité de l'État concerne le rôle de ce dernier dans la protection de la liberté de religion, une partie de l'analyse portant sur la liberté de religion fait nécessairement intervenir la question de la neutralité religieuse de l'État. Cette question n'est pas une question de droit transcendante qui mérite sa propre norme plus stricte, elle est un aspect inextricable du fait de décider s'il y a eu ou non discrimination fondée sur la liberté de religion. Ce genre de questions est le lot quotidien du Tribunal. Le fait d'isoler la question de la neutralité de l'État de l'analyse de la discrimination au motif qu'elle possède une valeur singulière pour le système juridique dans son ensemble a pour effet de relever son statut de contextuel à déterminant.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Freitag v. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301; *Allen v. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742; **approved:** *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys v. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Dhawan*, 2000 CanLII 11031; *Compagnie minière Québec Cartier v. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609; **disapproved:** *Association des pompiers de Laval v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025, leave to appeal refused, [2012] 2 S.C.R. vi; *Gaz Métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Bertrand v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022; *Coutu v. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793; **referred to:** *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, leave to appeal granted, [2014] 1 S.C.R. vii; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654; *For-Net Montréal inc. v. Chergui*, 2014 QCCA 1508; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593; *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Létourneau*, 2013 QCCA 1139; *Commission de la santé et de la sécurité du*

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec les arrêts : *Freitag c. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301; *Allen c. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742; **arrêts approuvés :** *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan*, 2000 CanLII 11031; *Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609; **arrêts critiqués :** *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025, autorisation d'appel refusée, [2012] 2 R.C.S. vi; *Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577; *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022; *Coutu c. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793; **arrêts mentionnés :** *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378; *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, autorisation d'appel accordée, [2014] 1 R.C.S. vii; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654; *For-Net Montréal inc. c. Chergui*, 2014 QCCA 1508; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593; *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2013 QCCA

travail v. Fontaine, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203; *Québec (Procureure générale) v. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Ménard v. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Ontario (Speaker of the Legislative* 1139; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203; *Québec (Procureure générale) c. Tribunal des droits de la personne*, [2002] R.J.Q. 628; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes*

Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission) (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004 SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262.

By Abella J.

Referred to: *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 [not yet in force].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2, 27.

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 1 to 38, 3, 4, 9.1, 10, 11, 15, 44, 49, 52, 62, 71, 74 et seq., 77, 78, 80 to 82, 84, 100, 101, 104, 109, 110, 111, 111.1, 113, 114 to 124, 123, 126, 132, 133.

et étudiants — Section Colombie-Britannique, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2, 27.

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 1 à 38, 3, 4, 9.1, 10, 11, 15, 44, 49, 52, 62, 71, 74 et suiv., 77, 78, 80 à 82, 84, 100, 101, 104, 109, 110, 111, 111.1, 113, 114 à 124, 123, 126, 132, 133.

Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 234, 417.

Loi constitutionnelle de 1867, préambule.

Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, arts. 234, 417.
Constitution Act, 1867, preamble.
Courts of Justice Act, CQLR, c. T-16.
Règlement VS-R-2008-40, City of Saguenay, November 3, 2008.

Authors Cited

Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights", in Gérald-A. Beaudoin and Errol Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005, 1259.
Moon, Richard. "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
Quebec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Building the Future: A Time for Reconciliation*. Québec: The Commission, 2008.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Sossin, Lorne. "The 'Supremacy of God', Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms*" (2003), 52 *U.N.B.L.J.* 227.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Woehrling, José. "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Hilton and Gagnon JJ.A.), 2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897, 363 D.L.R. (4th) 62, 76 C.H.R.R. D/430, [2013] AZ-50969282, [2013] Q.J. No. 5220 (QL), 2013 CarswellQue 7596 (WL Can.), setting aside a decision of the Quebec Human Rights Tribunal, 2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507, [2011] AZ-50722559, [2011] Q.H.R.T.J. No. 1 (QL), 2011 CarswellQue 7400 (WL Can.). Appeal allowed.

Luc Alarie, for the appellants.

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 [non encore en vigueur].
Loi sur les tribunaux judiciaires, RLRQ, c. T-16.
Règlement VS-R-2008-40, Ville de Saguenay, 3 novembre 2008.

Doctrine et autres documents cités

Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Ducharme, Léo, et Charles-Maxime Panaccio. *L'administration de la preuve*, 4e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.
Magnet, Joseph Eliot. « Multiculturalism and Collective Rights », dans Gérald-A. Beaudoin et Errol Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005, 1259.
Moon, Richard. « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
Sossin, Lorne. « The "Supremacy of God", Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2003), 52 *R.D.U.N.-B.* 227.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Woehrling, José. « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Hilton et Gagnon), 2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897, 363 D.L.R. (4th) 62, 76 C.H.R.R. D/430, [2013] AZ-50969282, [2013] J.Q. no 5220 (QL), 2013 CarswellQue 4862 (WL Can.), qui a infirmé une décision du Tribunal des droits de la personne du Québec, 2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507, [2011] AZ-50722559, [2011] J.T.D.P.Q. no 1 (QL), 2011 CarswellQue 1171 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Luc Alarie, pour les appelants.

Richard Bergeron, *Arnaud Gosselin-Brisson* and *Laurence Dubois*, for the respondents.

Louise Cadieux, for the intervener the Human Rights Tribunal.

Albertos Polizogopoulos and *Stefan Cyr*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Ranjan K. Agarwal, *Robert W. Staley*, *Jack R. Maslen* and *Philip H. Horgan*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and Association des parents catholiques du Québec.

Tim Dickson and *Alexander Boland*, for the intervener the Canadian Secular Alliance.

Kristian Brabander and *Elisa Clavier*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. delivered by

Gascon J. —

I. Introduction

[1] The state is required to act in a manner that is respectful of every person's freedom of conscience and religion. This is a fundamental right that is protected by the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). Its corollary is that the state must remain neutral in matters involving this freedom. The interplay between freedom of conscience and religion, on the one hand, and this duty of neutrality, on the other, is sometimes a delicate one.

[2] The respondents, the City of Saguenay and its mayor, would like to continue the recitation of a prayer at the start of the municipal council's public meetings. In their view, the issue is one of respect for their freedom of conscience and religion. The appellants, the Mouvement laïque québécois ("MLQ") and Alain Simoneau, are asking that the respondents

Richard Bergeron, *Arnaud Gosselin-Brisson* et *Laurence Dubois*, pour les intimés.

Louise Cadieux, pour l'intervenant le Tribunal des droits de la personne.

Albertos Polizogopoulos et *Stefan Cyr*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Ranjan K. Agarwal, *Robert W. Staley*, *Jack R. Maslen* et *Philip H. Horgan*, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et l'Association des parents catholiques du Québec.

Tim Dickson et *Alexander Boland*, pour l'intervenante Canadian Secular Alliance.

Kristian Brabander et *Elisa Clavier*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon a été rendu par

Le juge Gascon —

I. Introduction

[1] L'État est tenu d'agir dans le respect de la liberté de conscience et de religion de chacun. C'est un droit fondamental que protègent la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »), et la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Son corollaire veut que l'État demeure neutre en la matière. L'interaction entre cette liberté de conscience et de religion et ce devoir de neutralité est parfois délicate.

[2] Les intimés, la Ville de Saguenay et son maire, désirent continuer la récitation d'une prière au début des séances publiques du conseil municipal. Pour eux, il en va du respect de leur liberté de conscience et de religion. Les appelants, le Mouvement laïque québécois (« MLQ ») et Alain Simoneau, demandent plutôt qu'ils cessent cette pratique qui, selon

cease this practice, which, they submit, interferes in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion. They demand that the City and its official comply with the state's duty of neutrality.

[3] The Quebec Human Rights Tribunal ("Tribunal") concluded that the recitation of the prayer was in breach of the state's duty of neutrality and that it interfered in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion. The Court of Appeal reversed that decision on the basis that the prayer was non-denominational and fundamentally inclusive. According to the Court of Appeal, such a prayer could not interfere with Mr. Simoneau's rights.

[4] I would allow the appeal. Through the recitation of the prayer at issue during the municipal council's public meetings, the respondents are consciously adhering to certain religious beliefs to the exclusion of all others. In so doing, they are breaching the state's duty of neutrality. The resulting discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom is supported by the evidence the Tribunal accepted.

II. Facts

[5] The City of Saguenay is a product of the amalgamation in 2002 of seven municipalities, including Chicoutimi, Jonquière and La Baie. Mr. Tremblay has been the mayor of Saguenay since it was founded. At the relevant time, Mr. Simoneau resided in Saguenay. He considers himself an atheist.

[6] Mr. Simoneau, who is interested in municipal politics, regularly attended the municipal council's public meetings, which were held at the borough hall of either Chicoutimi, Jonquière or La Baie. At the start of each meeting, the mayor and councillors would be standing. The mayor, using a microphone, would then recite a prayer after making the sign of the cross while saying [TRANSLATION] "[i]n the name of the Father, the Son and the Holy Spirit". The prayer also ended with the sign of the cross and the same words. Other councillors and municipal officials would cross themselves at the beginning and

eux, attente de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de ce dernier. Ils exigent que la Ville et son représentant respectent l'obligation de neutralité qui incombe à l'État.

[3] Le Tribunal des droits de la personne du Québec (« Tribunal ») a conclu que la récitation de cette prière viole l'obligation de neutralité de l'État et porte atteinte, de façon discriminatoire, à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau. D'avis que la prière est non confessionnelle et foncièrement inclusive, la Cour d'appel a infirmé cette décision. Pour les juges d'appel, une prière de cette nature ne saurait porter atteinte aux droits de M. Simoneau.

[4] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Par la récitation de la prière en litige lors des séances publiques de délibérations du conseil municipal, les intimés adhèrent sciemment à certaines croyances religieuses à l'exclusion des autres. Ce faisant, ils contreviennent à l'obligation de neutralité qui incombe à l'État. L'atteinte discriminatoire qui en résulte envers M. Simoneau est étayée par la preuve retenue par le Tribunal.

II. Les faits

[5] La Ville de Saguenay résulte de la fusion, en 2002, de sept municipalités, dont celles de Chicoutimi, Jonquière et La Baie. M. Tremblay en est le maire depuis sa fondation. Au moment des faits, M. Simoneau y réside. Il se dit athée.

[6] Intéressé par la politique municipale, M. Simoneau assiste régulièrement aux séances publiques du conseil municipal. Ces séances se tiennent à l'un ou l'autre des hôtels de ville des arrondissements de Chicoutimi, Jonquière ou La Baie. Au début de chaque séance, le maire et les conseillers sont debout. Le maire récite alors au micro une prière, qu'il précède d'un signe de croix accompagné des mots « [a]u nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». La prière se termine par le même signe de croix et les mêmes mots. D'autres conseillers et représentants de la municipalité font aussi

end of the prayer as well. In the Chicoutimi council chamber, there was a Sacred Heart statue fitted with a red electric votive light. In the council chamber in La Baie, there was a crucifix hanging on the wall.

[7] Between 2002 and November 2008, there was no by-law governing the prayer. At the time, the prayer read as follows:

[TRANSLATION] O God, eternal and almighty, from Whom all power and wisdom flow, we are assembled here in Your presence to ensure the good of our city and its prosperity.

We beseech You to grant us the enlightenment and energy necessary for our deliberations to promote the honour and glory of Your holy name and the spiritual and material [well-being] of our city.

Amen.

[8] When Mr. Simoneau attended the council meetings, he felt uncomfortable with this display, which he considered religious. At the meeting on December 4, 2006, he therefore asked the mayor to stop the practice. When the mayor refused, Mr. Simoneau complained to the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse ("Commission") in a letter dated March 22, 2007.

[9] The MLQ formally filed a complaint on Mr. Simoneau's behalf on March 28, 2007, as it is authorized to do by s. 74 para. 3 of the *Quebec Charter*. The MLQ is a non-profit organization of which Mr. Simoneau is a member. It advocates the complete secularization of the state in Quebec. The complaint referred to the wording of the prayer and the context in which the prayer was recited. Mr. Simoneau argued that his freedom of conscience and religion was being infringed. He asked that the recitation of the prayer cease and that all religious symbols, including the statue and the crucifix, be removed from council chambers.

[10] The Commission gave the parties its statement of facts in February 2008. It indicated that its investigation would deal only with the question whether the prayer was discriminatory and that it would not be investigating the religious symbols.

un signe de croix au début et à la fin de la prière. Une statue du Sacré-Cœur, ornée d'un lampion rouge électrique, est placée dans la salle du conseil de Chicoutimi. Un crucifix est accroché au mur de celle de La Baie.

[7] De 2002 à novembre 2008, aucun règlement ne régit la prière. Voici quel est son texte à l'époque :

Ô Dieu, éternel et tout puissant, de qui vient tout pouvoir et toute sagesse, nous voici assemblés en votre présence pour assurer le bien et la prospérité de notre ville.

Accordez-nous, nous vous en supplions, la lumière et l'énergie nécessaires pour que nos délibérations soient destinées à promouvoir l'honneur et la gloire de votre saint nom et le bonheur spirituel et matériel de notre ville.

Ainsi soit-il.

[8] Lorsqu'il se présente aux séances du conseil, M. Simoneau ressent un malaise face à cette manifestation qu'il estime religieuse. Par conséquent, lors de la séance du 4 décembre 2006, il demande au maire de cesser cette pratique. Devant son refus, il porte plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (« Commission ») par lettre datée du 22 mars 2007.

[9] Le MLQ dépose formellement la plainte au nom de M. Simoneau le 28 mars 2007, comme le permet l'art. 74 al. 3 de la *Charte québécoise*. Le MLQ est un organisme à but non lucratif dont M. Simoneau fait partie et qui milite en faveur de la laïcisation complète de l'État québécois. La plainte déposée renvoie au texte de la prière et au contexte dans lequel elle est récitée. M. Simoneau soutient que sa liberté de conscience et de religion est brimée. Il réclame que cesse la récitation de la prière. Il demande aussi de retirer des salles du conseil tout symbole religieux, dont la statue et le crucifix.

[10] En février 2008, la Commission remet aux parties son exposé factuel. Elle indique que son enquête ne porte que sur le caractère discriminatoire de la prière; elle précise qu'elle n'enquête pas sur les symboles religieux. En mai, une fois l'enquête

In May, after the Commission had completed its investigation, it informed Mr. Simoneau that it considered the evidence with respect to the prayer to be sufficient to submit the dispute to the Tribunal. However, it advised him that it had decided not to do so itself, because the Tribunal had recently decided a similar case (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529) and because it considered the complainant to be in a position to defend his individual rights by himself.

[11] Mr. Simoneau then decided, with the MLQ's support, to pursue his remedy by means of an application to the Tribunal. Section 84 para. 2 of the *Quebec Charter* authorized them to do so in such a case. They served their motion to institute proceedings on the respondents on July 22, 2008. They alleged that the recitation of the prayer amounted to discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. They also submitted that the prayer interfered in a discriminatory manner with his right to dignity and his right to information, contrary to ss. 4, 10, 11, 15, 44 and 82 of the *Quebec Charter*. They asked the Tribunal to order the City and its mayor to cease the recitation of the prayer and to remove all religious symbols from the chambers in which the council's meetings were held. They claimed $50,000 in compensatory and punitive damages.

[12] Four months later, on November 3, 2008, the City adopted By-law VS-R-2008-40 ("By-law"). The purpose of this by-law was to regulate the recitation of the prayer from then on, and it also changed the wording of the prayer and provided for a two-minute delay between the end of the prayer and the official opening of council meetings. It read in part as follows:

> [TRANSLATION] WHEREAS there exists within the City of Saguenay a tradition to the effect that Council meetings [are preceded by] the recitation of a prayer, the text of which is reproduced below;
>
> WHEREAS the purpose of this tradition is to ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors;

complétée, la Commission informe M. Simoneau qu'à l'égard de la prière, elle juge la preuve suffisante pour soumettre le litige au Tribunal. Elle l'avise toutefois de sa décision de ne pas le faire elle-même, puisque le Tribunal a récemment tranché une affaire similaire (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] R.J.Q. 2529) et parce qu'elle estime que le plaignant est à même de faire valoir seul ses droits individuels.

[11] Avec l'appui du MLQ, M. Simoneau décide alors d'intenter son propre recours devant le Tribunal. L'article 84 al. 2 de la *Charte québécoise* les autorise à le faire dans un tel cas. Ils signifient leur requête introductive d'instance aux intimés le 22 juillet 2008. Ils allèguent que la récitation de la prière constitue une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Ils prétendent de plus que la prière porte atteinte, de façon discriminatoire, aux droits de ce dernier à la dignité et à l'information, en contravention des art. 4, 10, 11, 15, 44 et 82 de la *Charte québécoise*. Ils demandent au Tribunal d'ordonner à la Ville et à son maire de cesser cette récitation et de retirer tout symbole religieux des salles où se tiennent les séances du conseil. Ils réclament des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 50 000 $.

[12] Quatre mois plus tard, le 3 novembre 2008, la Ville adopte le Règlement VS-R-2008-40 (« Règlement »). Ce règlement vise à dorénavant encadrer la récitation de la prière, à en modifier le texte et à prévoir un délai de deux minutes entre la fin de la prière et l'ouverture officielle des séances du conseil. Il édicte notamment ceci :

> ATTENDU qu'il existe à la Ville de Saguenay une tradition à l'effet que les séances du conseil sont précédées de la récitation d'une prière dont le texte est reproduit plus bas;
>
> ATTENDU que cette tradition a pour objet d'assurer le décorum et l'importance du travail des conseillers;

WHEREAS the members of Council, unanimously, want this tradition to continue and wish to pursue it on the basis of their individual rights and freedoms, in particular their rights to freedom of expression, conscience and religion;

WHEREAS it is important to specify that the Council members and the public are in no way obligated to recite this prayer or attend its recitation;

WHEREAS it is important to ensure that members of the Council and of the public who do not wish to attend the recitation of this prayer may nevertheless attend the Council session in its entirety;

. . .

NOW THEREFORE, it is enacted as follows:

. . .

SECTION 2 - *Bylaw VS-2002-39* is amended to add section 16.1, which provides the following:

SECTION 16.1. - Once the chairperson of the meeting enters the Council deliberation room, the Council members who wish to do so may rise to recite the traditional prayer, the text of which is reproduced below.

Almighty God, we thank You for the great blessings that You have given to Saguenay and its citizens, including freedom, opportunities for development and peace. Guide us in our deliberations as City Council members and help us to be aware of our duties and responsibilities. Grant us the wisdom, knowledge and understanding to allow us to preserve the benefits enjoyed by our City for all to enjoy and so that we may make wise decisions.

Amen.

To allow Council members and the public who do not wish to attend the recitation of the prayer to take their places in the room, the chairperson of the meeting will declare the Council session open two minutes after the end of the recitation of the prayer.

[13] After the By-law was adopted, although the wording of the prayer had changed, the mayor and

ATTENDU que les membres du conseil, à l'unanimité, souhaitent que cette tradition se perpétue et souhaitent la poursuivre en fonction de leurs droits et libertés individuelles, notamment la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion;

ATTENDU qu'il importe de préciser que les membres du conseil et du public ne sont aucunement contraints de participer à la récitation de cette prière ou d'y assister;

ATTENDU qu'il importe de s'assurer que les membres du conseil et du public qui ne souhaitent pas assister à la récitation de cette prière puissent tout de même assister à la séance du conseil en son entier;

. . .

À CES CAUSES, il est décrété ce qui suit :

. . .

ARTICLE 2 - Le règlement numéro VS-2002-39 est modifié afin d'y ajouter l'article 16.1 qui se lit comme suit :

ARTICLE 16.1. - Dès que la personne qui préside l'assemblée entre dans la salle des délibérations du conseil, les membres du conseil qui le désirent se lèvent pour prononcer la prière traditionnelle dont le texte est reproduit ci-après.

« *Dieu tout puissant, nous Te remercions des nombreuses grâces que Tu as accordées à Saguenay et à ses citoyens, dont la liberté, les possibilités d'épanouissement et la paix. Guide-nous dans nos délibérations à titre de membre du conseil municipal et aide-nous à bien prendre conscience de nos devoirs et responsabilités. Accorde-nous la sagesse, les connaissances et la compréhension qui nous permettront de préserver les avantages dont jouit notre ville afin que tous puissent en profiter et que nous puissions prendre de sages décisions.*

Amen. »

Afin de permettre aux membres du conseil et du public qui ne souhaitent pas assister à la récitation de la prière de prendre place dans la salle, le président de l'assemblée déclare la séance du conseil ouverte deux minutes après la fin de la récitation de la prière.

[13] Après l'adoption du Règlement, si le texte de la prière récitée change, le comportement déjà

the councillors continued to act in the same way as described above. In response, the appellants amended their motion to ask the Tribunal to further declare the By-law to be inoperative and of no force or effect in relation to Mr. Simoneau.

III. Judicial History

A. *Human Rights Tribunal (2011 QCTDP 1)*

[14] Although the Commission had told the parties that its investigation would not include the religious symbols, the Tribunal began by finding that it had jurisdiction to deal with that issue in addition to that of the prayer (para. 26). It stated that the case ultimately raises three questions (para. 193): (1) Do the By-law, the recitation of the prayer and the exhibiting of religious symbols interfere with Mr. Simoneau's right to full and equal recognition and exercise of his freedom of conscience and religion without discrimination based on religion, contrary to ss. 3, 4, 10, 11 and 15 of the *Quebec Charter*? (2) If so, did the City and its mayor establish a defence consistent with the *Quebec Charter*? (3) If there is unjustified discriminatory interference, what remedies are appropriate?

[15] To answer these questions, the Tribunal considered the right to equal exercise of freedom of conscience and religion, the purpose and scope of that freedom, and the state's duty of neutrality that flows from it (paras. 194-211). In analyzing the religious nature of the prayer, it reviewed the evidence, including the testimony of numerous witnesses and the opinions of three experts, in detail. The Tribunal found that the prayer was, when considered in light of its context, religious in nature (para. 228) and that the respondents, by having it recited, were showing a preference for one religion to the detriment of others. Such a practice was therefore in breach of the state's duty of neutrality (para. 250). The Tribunal noted that Mr. Simoneau was sincere in his atheism (para. 261) and assessed the effects of the prayer on his freedom of conscience and religion. It observed that Mr. Simoneau felt isolated, uncomfortable and excluded. This led it to conclude that the prayer and the exhibiting of religious symbols resulted in an

décrit du maire et des conseillers demeure cependant identique. Devant cela, les appelants amendent leur requête pour demander également au Tribunal de déclarer ce Règlement inopérant et sans effet à l'égard de M. Simoneau.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal des droits de la personne (2011 QCTDP 1, [2011] R.J.Q. 507)*

[14] Bien que la Commission ait indiqué aux parties que son enquête excluait les symboles religieux, le Tribunal juge d'abord qu'il a compétence pour se saisir de cette question au même titre que de celle de la prière (par. 26). Il précise que le litige soulève en définitive trois questions (par. 193) : (1) est-ce que le Règlement, la récitation de la prière et l'exposition de symboles religieux portent atteinte au droit de M. Simoneau à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion, sans discrimination fondée sur la religion, contrairement aux art. 3, 4, 10, 11 et 15 de la *Charte québécoise*; (2) si oui, est-ce que la Ville et son maire ont établi une défense conforme à la *Charte québécoise*; et (3) dans la mesure où il y a une atteinte discriminatoire non justifiée, quelles sont les mesures de réparation appropriées?

[15] Pour répondre à ces questions, le Tribunal se penche sur le droit à l'égalité dans l'exercice de la liberté de conscience et de religion, sur l'objet et la portée de cette liberté, puis sur l'obligation de neutralité de l'État qui en découle (par. 194-211). En analysant le caractère religieux de la prière, il procède à un examen détaillé de la preuve, dont les nombreux témoignages et les opinions de trois experts. Il conclut que, analysée dans son contexte, la prière a un caractère religieux (par. 228). Il estime que, par la récitation, les intimés favorisent une croyance religieuse au détriment des autres. Une telle pratique contrevient donc à l'obligation de neutralité de l'État (par. 250). Le Tribunal note la sincérité de l'athéisme de M. Simoneau (par. 261) et évalue les effets de la prière sur sa liberté de conscience et de religion. Il observe les sentiments d'isolement, d'inconfort et d'exclusion que M. Simoneau éprouve. Il en conclut que la prière et l'exposition de symboles religieux engendrent une atteinte plus que négligeable

interference with his freedom of conscience and religion that was more than trivial or insubstantial (para. 262). And that interference was discriminatory (para. 270).

[16] The Tribunal then considered the By-law and found that the prayer it provided for had a religious purpose that was incompatible with the state's duty of neutrality. Since such a purpose could not be valid, the Tribunal was of the opinion that the By-law could not be justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter* (para. 283). It found that it was unnecessary to consider the proportionality test (paras. 284-85). Finally, it rejected the respondents' arguments that the prayer was justified on the basis of respect for tradition and of their attempt at reasonable accommodation (paras. 289-307).

[17] As a remedy, the Tribunal declared the By-law [TRANSLATION] "inoperative and invalid" (para. 355 (CanLII)) and ordered the respondents to cease the recitation of the prayer (para. 356) and to remove "all religious symbols" from the rooms where the council's meetings were held (para. 357). It also awarded $30,000 in compensatory and punitive damages to Mr. Simoneau (paras. 358-59), because, *inter alia*, of the intentional nature of the unlawful interference (para. 333). Finally, although the Tribunal had jurisdiction to award the reimbursement of extrajudicial fees (para. 344), it decided not to do so, because the respondents' defence did not constitute an improper use of procedure (para. 349).

B. *Quebec Court of Appeal (2013 QCCA 936, 363 D.L.R. (4th) 62)*

[18] The main reasons of the Court of Appeal were written by Gagnon J.A., who began by considering the standard of review applicable on an appeal from a decision of the Tribunal, which he characterized as a [TRANSLATION] "specialized tribunal" (para. 35). He stated that the appeal was ultimately about the religious neutrality of the state. In his opinion, this was a matter of importance to the legal system over which the Tribunal did not have exclusive jurisdiction. He therefore chose to apply "the standard of review of correctness" to the appeal (para. 37).

ou insignifiante à sa liberté de conscience et de religion (par. 262). Cette atteinte est discriminatoire (par. 270).

[16] Le Tribunal examine par après le Règlement. Il considère que la prière qu'il prescrit a un objet religieux qui contrevient à l'obligation de neutralité de l'État. Un tel objet ne pouvant constituer un objectif valide, il estime que le Règlement ne peut se justifier aux termes de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* (par. 283). Il juge qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur le critère de la proportionnalité (par. 284-285). Enfin, il rejette les prétentions des intimés voulant que la prière soit justifiée en raison du respect de la tradition et de leur tentative d'accommodement raisonnable (par. 289-307).

[17] En guise de réparation, le Tribunal déclare le Règlement « inopérant et sans effet » (par. 355), ordonne aux intimés de cesser la récitation de la prière (par. 356) et leur enjoint de retirer « tout symbole religieux » des enceintes où se tiennent les séances du conseil (par. 357). Il octroie aussi à M. Simoneau des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 $ (par. 358-359), en raison notamment du caractère intentionnel de l'atteinte illicite (par. 333). Enfin, même s'il a compétence pour octroyer le remboursement d'honoraires extrajudiciaires (par. 344), le Tribunal décide de ne pas le faire, les intimés n'ayant pas abusé de leur droit d'ester en justice (par. 349).

B. *Cour d'appel du Québec (2013 QCCA 936, [2013] R.J.Q. 897)*

[18] Le juge Gagnon signe les motifs principaux de la Cour d'appel. Il traite en premier lieu de la norme d'intervention applicable à l'appel d'une décision du Tribunal, qu'il qualifie de « tribunal spécialisé » (par. 35). Il estime que l'appel porte en définitive sur la question de la neutralité religieuse de l'État. À son avis, il s'agit là d'une question d'importance pour le système juridique, pour laquelle le Tribunal n'a pas de compétence exclusive. Il choisit donc d'appliquer « la norme de contrôle de la décision correcte » au pourvoi (par. 37).

[19] Gagnon J.A. then discussed the expert evidence the Tribunal had considered, finding that the Tribunal had made [TRANSLATION] "a palpable and overriding error" (para. 49) in qualifying the expert proposed by the appellants and in ruling on the probative value of his testimony. In Gagnon J.A.'s view, the Tribunal had erred in accepting the expert's opinion despite the fact that he lacked objectivity and impartiality (paras. 45 and 49-50).

[20] Gagnon J.A. next considered the central question, that of the state's religious neutrality. To define the scope of the state's duty in this regard, he endorsed the concept of [TRANSLATION] "benevolent neutrality": to comply with this duty, the state must neither encourage nor discourage any belief or nonbelief (para. 76). He expressed the opinion that the concept of neutrality does not require the state to abstain from involvement in religious matters. In his view, the duty of neutrality must be complied with in a manner that is consistent with society's heritage and traditions, and with the state's duty to preserve its history (para. 69). Protection of the diversity of beliefs must be reconciled with the cultural reality of society, which includes its religious heritage (para. 72).

[21] Having made these observations, Gagnon J.A. turned to the prayer set out in the By-law. He found that the prayer expressed universal values and could not be identified with any particular religion (para. 88). He concluded that the principle of the religious neutrality of the state is intended to promote tolerance and openness, not to exclude from a society's reality all references to its religious history (para. 106). On the issue of the religious symbols, Gagnon J.A. stated that the Tribunal had lacked jurisdiction to deal with it, because that portion of the complaint had not been investigated by the Commission. Nevertheless, given the appellants' insistence on this point, he considered it necessary to discuss it (para. 116). He expressed the view that the Sacred Heart statue and the crucifix were works of art that were devoid of religious connotation and did not affect the state's neutrality (para. 125). In the circumstances, he found that the interference with Mr. Simoneau's freedom, if any, was trivial or insubstantial in the case of both the prayer and the symbols (paras. 115 and 127).

[19] Il aborde ensuite la preuve d'expert analysée par le Tribunal. Il conclut que celui-ci a commis « une erreur manifeste et déterminante » (par. 49) dans sa qualification de l'expert proposé par les appelants et dans son appréciation de la valeur probante de son témoignage. Selon lui, le Tribunal a erré en adhérant à l'opinion de cet expert en dépit de son manque d'objectivité et d'impartialité (par. 45 et 49-50).

[20] Le juge Gagnon se penche par la suite sur la question centrale de la neutralité religieuse de l'État. Il retient la notion de « neutralité bienveillante » pour définir les paramètres de l'obligation de l'État en la matière : afin de respecter cette obligation, l'État ne doit ni favoriser ni défavoriser une croyance ou l'incroyance (par. 76). Il note sur ce point que la notion de neutralité n'oblige pas l'État à faire preuve d'abstentionnisme en matière religieuse. À son avis, l'obligation de neutralité doit tenir compte de l'héritage et des traditions de la société, et se conjuguer avec le devoir de l'État de préserver son histoire (par. 69). La protection de la diversité des croyances doit se concilier avec la réalité culturelle de la société, ce qui inclut son patrimoine religieux (par. 72).

[21] Ces constats posés, le juge Gagnon se tourne vers la prière prévue au Règlement. Il estime qu'elle exprime des valeurs universelles et ne s'identifie à aucune religion particulière (par. 88). Il conclut que le principe de neutralité religieuse de l'État vise à promouvoir la tolérance et l'ouverture, non à exclure de la réalité d'une société toute référence à son histoire religieuse (par. 106). Sur la question des symboles religieux, il précise que le Tribunal n'avait pas compétence pour s'en saisir, cette portion de la plainte n'ayant pas fait l'objet d'une enquête de la Commission. Néanmoins, vu l'insistance des appelants, il estime nécessaire de s'y attarder (par. 116). Il se dit d'avis que la statue du Sacré-Cœur et le crucifix sont des objets d'art dépouillés de connotation religieuse qui n'interfèrent pas avec la neutralité de l'État (par. 125). Dans les circonstances, il considère que l'atteinte subie par M. Simoneau, s'il en est, est négligeable ou insignifiante, que ce soit au regard de la prière ou des symboles (par. 115 et 127).

[22] At the conclusion of his analysis, Gagnon J.A. found that Mr. Simoneau had not been discriminated against on the ground of freedom of conscience and religion. In his opinion, the irritants alleged by Mr. Simoneau did not amount to injuries that would be sufficient to offend the principle of substantive equality (para. 130). He decided to allow the appeal and dismiss the action. In concurring reasons, Hilton J.A. agreed with his colleague, but argued that it was not appropriate for the Court of Appeal to rule on the issue of the religious symbols. Since the Tribunal had lacked jurisdiction to rule on those symbols in the absence of an investigation by the Commission, he was of the opinion that the Court of Appeal should also refrain from doing so (para. 163). He noted that it would still be open to the parties to bring an action in the Superior Court in order to obtain remedies that the Tribunal could not grant them (para. 165). In his view, the interests of justice did not require the Court of Appeal to exercise its discretion and rule on this issue (para. 176).

IV. Issues

[23] The main question raised by this appeal is whether the prayer recited at the start of the City's public meetings and the by-law regulating its recitation constituted discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. To answer this question, it will be necessary, *inter alia*, to define the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from the freedom of conscience and religion protected by the *Quebec Charter*. Before I turn to this, however, it will be necessary to identify the standard of review applicable on an appeal from a final decision of the Tribunal and to determine whether the Tribunal had jurisdiction to rule on the issue of the religious symbols.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[24] When the Tribunal makes a final decision, as in the instant case, ss. 132 and 133 of the *Quebec*

[22] Au terme de son analyse, il conclut que M. Simoneau ne fait pas l'objet de discrimination fondée sur sa liberté de conscience et de religion. À ses yeux, les irritants dont ce dernier se dit victime ne s'élèvent pas au rang de préjudice susceptible de contrevenir au principe de l'égalité réelle (par. 130). Il décide d'accueillir l'appel et de rejeter le recours. Dans des motifs concordants, le juge Hilton souscrit à l'opinion de son collègue, mais s'oppose à ce que la Cour d'appel se prononce sur la question des symboles religieux. Comme le Tribunal n'a pas compétence pour statuer sur ceux-ci en l'absence d'une enquête de la Commission, il est d'avis que la Cour d'appel doit elle aussi s'abstenir de le faire (par. 163). Il souligne que les parties conservent l'opportunité d'un recours en Cour supérieure s'ils désirent obtenir des réparations que le Tribunal ne peut leur accorder (par. 165). Selon lui, l'intérêt de la justice n'exige pas que la Cour d'appel exerce sa discrétion et réponde à cette question (par. 176).

IV. Les questions en litige

[23] La principale question que soulève le pourvoi est celle de savoir si la prière récitée au début des séances publiques de délibérations de la Ville et le Règlement qui encadre la récitation portent atteinte de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau contrairement aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Pour y répondre, il faut notamment cerner les contours du devoir de neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion que protège la *Charte québécoise*. Avant de m'y consacrer, il est cependant nécessaire, d'une part, d'identifier la norme d'intervention applicable en appel d'une décision finale du Tribunal, et d'autre part, de statuer sur la compétence de celui-ci à l'égard des symboles religieux.

V. Analyse

A. *La norme d'intervention*

[24] Lorsque le Tribunal rend une décision finale comme en l'espèce, les art. 132 et 133 de la

Charter provide for a right to appeal, with leave, directly to the Court of Appeal:

132. Any final decision of the Tribunal may be appealed from to the Court of Appeal with leave from one of the judges thereof.

133. Subject to section 85, the rules relating to appeals set out in the Code of Civil Procedure (chapter C-25), with the necessary modifications, apply to any appeal under this Chapter.

[25] In its decisions, the Court of Appeal has been inconsistent as regards the framework for intervention that applies in such cases. As this appeal illustrates, this inconsistency appears to be a source of difficulty. After noting that this was an appeal from a decision of a specialized tribunal, Gagnon J.A. adopted (at para. 36) the reasoning of *Association des pompiers de Laval v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025 ("*Association des pompiers*"), leave to appeal refused, [2012] 2 S.C.R. vi, in which Bich J.A. had, on the basis of two precedents to the effect that the Tribunal is subject to the appellate standard, advocated a [TRANSLATION] "standard of review similar to that applicable to appeals from the judiciary" (para. 33). However, she had qualified this by referring to the principles applicable to judicial review (paras. 31-33).

[26] After quoting a lengthy passage from that case, Gagnon J.A. concluded that the issue of the religious neutrality of the state is [TRANSLATION] "a matter of importance to the legal system over which the Tribunal does not have exclusive jurisdiction" (para. 37). As a result, he stated that it is [TRANSLATION] "according to the standard of review of correctness that this appeal must be decided" (para. 37). However, he made an exception for the qualification of the appellants' expert and the assessment of that expert's testimony. On this point, he instead intervened on the basis of the appellate standard of "palpable and overriding" error (para. 49).

[27] In this Court, the parties rely on the principles of administrative law and judicial review, but disagree on the applicable standard. The appellants

Charte québécoise prévoient un droit d'appel sur permission directement à la Cour d'appel :

132. Il y a appel à la Cour d'appel, sur permission de l'un de ses juges, d'une décision finale du Tribunal.

133. Sous réserve de l'article 85, les règles du Code de procédure civile (chapitre C-25) relatives à l'appel s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, à un appel prévu par le présent chapitre.

[25] La jurisprudence de la Cour d'appel est contradictoire sur le cadre d'intervention applicable dans un tel cas. Comme l'illustre ce pourvoi, cela semble causer des difficultés. Après avoir indiqué qu'il s'agit ici de l'appel d'une décision d'un tribunal spécialisé, le juge Gagnon fait sien (par. 36) le raisonnement suivi dans *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025 (« *Association des pompiers* »), autorisation d'appel refusée, [2012] 2 R.C.S. vi. Dans cet arrêt, s'appuyant sur deux précédents qui assujettissent le Tribunal à la norme de contrôle propre à l'appel, la juge Bich préconise une « norme d'intervention analogue à celle qui s'impose dans le cas des appels de l'ordre judiciaire » (par. 33). Elle nuance toutefois ses propos en se référant aux principes propres à la révision judiciaire (par. 31-33).

[26] Citant un long extrait de cet arrêt, le juge Gagnon conclut que l'enjeu de la neutralité religieuse de l'État est « une question d'importance pour le système juridique et pour laquelle le Tribunal ne possède pas une compétence exclusive » (par. 37). En conséquence, il indique que c'est « selon la norme de contrôle de la décision correcte que doit être tranché ce pourvoi » (par. 37). Il y fait toutefois exception en ce qui touche la qualification de l'expert des appelants et l'appréciation de son témoignage. Sur ce point, il intervient plutôt sur la foi d'une norme propre à l'appel, celle de l'erreur « manifeste et déterminante » (par. 49).

[27] Devant notre Cour, les parties plaident les principes du droit administratif et de la révision judiciaire. Par contre, elles ne s'entendent pas sur la

submit that the Court of Appeal erred in characterizing the issue as a question of importance to the legal system. In their view, this is a simple case of discrimination. Given that the application of provisions of the *Quebec Charter* related to discrimination falls squarely within the Tribunal's area of expertise, the reasonableness standard must be applied to all the Tribunal's conclusions. As for the respondents, they support the choice made by the Court of Appeal.

[28] In my opinion, the Court of Appeal's judgment contains two errors in respect of the standard of review.

[29] First, Gagnon J.A. applied both administrative law principles related to judicial review (the correctness standard) and tests applicable to appeals (palpable and overriding error). With respect, the result is a confusing conceptual hybrid. Given the current state of the Court of Appeal's case law on this point, it seems to be hard for litigants to understand the rules. Clarification is needed to ensure greater consistency and some predictability. Where, as in this case, a statute provides for an appeal from a decision of a specialized administrative tribunal, the appropriate standards of review are, in light of the principles laid down by this Court, the ones that apply on judicial review, not on an appeal.

[30] Second, because of the approach he took, Gagnon J.A. erroneously applied the correctness standard to all the Tribunal's conclusions, except for the one with respect to the expert evidence, for which he referred to the palpable and overriding error criterion.

(1) The Tribunal's Decision Is Subject to the Standards Applicable on Judicial Review, Not on an Appeal

[31] There are currently two conflicting approaches in the Court of Appeal's case law as regards the standards of review applicable on an appeal from a final decision of the Tribunal. The first approach is to apply appellate standards as if the decision were that

norme applicable. Les appelants soutiennent que la Cour d'appel a erré en qualifiant l'enjeu de question d'importance pour le système juridique. Selon eux, le litige est un simple cas de discrimination. Comme l'application des dispositions de la *Charte québécoise* en la matière est au cœur de l'expertise du Tribunal, ce facteur commande d'imposer la norme de la décision raisonnable à l'ensemble des conclusions du Tribunal. De leur côté, les intimés appuient le choix de la Cour d'appel.

[28] À mon avis, l'arrêt de la Cour d'appel comporte deux erreurs sur la norme d'intervention.

[29] Premièrement, le juge Gagnon applique à la fois des principes de droit administratif propres à la révision judiciaire (norme de la décision correcte) et des critères relatifs à l'appel (erreur manifeste et déterminante). Avec égards, il en résulte un croisement conceptuel qui est source de confusion. Compte tenu de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour d'appel sur le sujet, il semble difficile pour le justiciable de s'y retrouver. Une clarification s'impose pour assurer une meilleure cohérence et une certaine prévisibilité. Lorsqu'une loi prévoit un appel à l'encontre des décisions d'un tribunal administratif spécialisé comme celui qui nous intéresse, les enseignements de notre Cour veulent que les normes de contrôle à favoriser soient celles applicables à la révision judiciaire, et non à l'appel.

[30] Deuxièmement, en raison de l'approche qu'il préconise, le juge Gagnon réexamine erronément l'ensemble des conclusions du Tribunal sur la base de la seule norme de la décision correcte, à l'exception de la preuve d'expert qu'il apprécie au regard du critère de l'erreur manifeste et déterminante.

(1) La décision du Tribunal est assujettie aux normes de la révision judiciaire, non de l'appel

[31] Deux approches s'opposent actuellement en Cour d'appel sur les normes d'intervention applicables en appel d'une décision finale du Tribunal. La première applique les normes relatives à l'appel, comme si la décision émanait d'un tribunal

of a trial court. The second is to rely on administrative law principles related to judicial review to determine the appropriate standard of review.

[32] In *Association des pompiers*, on which Gagnon J.A. relied, the Court of Appeal referred to the first approach (*Gaz Métropolitain inc. v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, at paras. 32-34; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378 ("*des Phares*"), at paras. 29-35). Since that decision, it has reached the same conclusion in three other cases (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse v. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, at paras. 40-41; *Bertrand v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199, at para. 10; *Commission scolaire des Phares v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022, at para. 8), in which it stated summarily that the appellate standards of review apply to the Tribunal's final decisions. In a recent case that is now pending in this Court, *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) v. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, leave to appeal granted, [2014] 1 S.C.R. vii, the Court of Appeal decided an appeal from a decision of the Tribunal in relation to discrimination without speaking to the applicable standard of review. However, it is clear from the court's reasons that it was relying on the appellate standard, namely palpable and overriding error, in that case as well (paras. 85, 100 and 145).

[33] In those cases, the Court of Appeal intervened on the basis of the principles applicable to appeals that were developed in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Where an appeal concerns a question of law, intervention is required if the decision is incorrect. Where an appeal concerns a question of fact or a question of mixed fact and law, intervention is warranted if there is a palpable and overriding error.

judiciaire de première instance. La seconde s'en remet aux principes de droit administratif relatifs à la révision judiciaire pour déterminer la norme de contrôle appropriée.

[32] L'arrêt *Association des pompiers*, sur lequel s'appuie le juge Gagnon, renvoie à la première approche (*Gaz Métropolitain inc. c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 1201, [2011] R.J.Q. 1253, par. 32-34; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2006 QCCA 82, [2006] R.J.Q. 378 (« *des Phares* »), par. 29-35). Depuis cette décision, trois autres arrêts ont conclu dans le même sens (*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. 9185-2152 Québec inc. (Radio Lounge Brossard)*, 2015 QCCA 577, par. 40-41; *Bertrand c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2014 QCCA 2199, par. 10; *Commission scolaire des Phares c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2012 QCCA 988, [2012] R.J.Q. 1022, par. 8). Les juges y énoncent sommairement que ce sont les normes propres aux appels qui s'appliquent aux décisions finales du Tribunal. Dans une affaire récente pendante devant notre Cour, *Bombardier inc. (Bombardier Aerospace Training Center) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 1650, [2013] R.J.Q. 1541, autorisation d'appel accordée, [2014] 1 R.C.S. vii, la Cour d'appel a tranché un appel d'une décision du Tribunal en matière de discrimination sans se prononcer sur la norme d'intervention applicable. Il ressort néanmoins de ses motifs qu'elle s'est fondée là aussi sur une norme propre à l'appel, soit l'erreur manifeste et déterminante (par. 85, 100 et 145).

[33] Dans ces arrêts, l'intervention de la Cour d'appel se fait sur la base des principes applicables à l'appel élaborés dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Lorsque l'appel porte sur une question de droit, l'intervention s'impose si la décision est incorrecte (erreur simple). Lorsqu'il porte sur une question de fait ou mixte de fait et de droit, elle se justifie en présence d'une erreur manifeste et déterminante.

[34] Most of the cases in this line refer to the decision in the 2006 *des Phares* case, in which the Court of Appeal gave three reasons why the appellate standard should apply. First, the Tribunal does not have exclusive jurisdiction over the implementation of the *Quebec Charter*; a complainant can choose to apply either to the Tribunal or to the ordinary courts (para. 31). Second, the Tribunal's recognized expertise in relation to the facts [TRANSLATION] "does not extend to general questions of law" (para. 33). Third, the appeal provided for in s. 132 of the *Quebec Charter* is a statutory appeal and not a judicial review proceeding (para. 32). In support of this, the Court of Appeal cited *Coutu v. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.), in which Gendreau J.A. had stated in *obiter* that such an appeal makes it possible to reconsider the decision [TRANSLATION] "on the basis of criteria that are different from and broader than the ones that apply on judicial review" (p. 2801).

[35] I believe that this Court's recent decisions with respect to judicial review cast doubt on the approach based on Gendreau J.A.'s comments. What is more, the Court of Appeal's other approach to this question is based on those decisions.

[36] The leading authority for this second approach is *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys v. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001, at paras. 47-51, a decision that was rendered after *Association des pompiers* but before the decision in the instant case. It reflects what tends to be a minority view (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Dhawan*, 2000 CanLII 11031 (Que. C.A.), at paras. 11-12; *Compagnie minière Québec Cartier v. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (Que. C.A.), at p. 5 of the reasons of Otis J.A.). According to this approach, the Court of Appeal must apply administrative law principles related to judicial review to final decisions of the Tribunal and refer to the factors adopted by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. A choice must therefore be made between two standards of review: correctness and reasonableness. The choice depends above all on the nature of the question being considered.

[34] La plupart des arrêts de ce courant réfèrent aux motifs de l'affaire *des Phares* de 2006. Dans cet arrêt, la cour justifie l'utilisation de la norme de l'appel en invoquant trois raisons. Premièrement, le Tribunal n'a pas compétence exclusive sur la mise en œuvre de la *Charte québécoise*; le plaignant a le choix de s'adresser au Tribunal ou aux tribunaux de droit commun (par. 31). Deuxièmement, l'expertise reconnue au Tribunal à l'égard des faits « ne s'étend [. . .] pas aux questions générales de droit » (par. 33). Troisièmement, l'appel prévu à l'art. 132 de la *Charte québécoise* est un appel de source législative, non une révision judiciaire (par. 32). La cour cite à l'appui *Coutu c. Tribunal des droits de la personne*, [1993] R.J.Q. 2793 (C.A.), où le juge Gendreau affirme, dans une remarque incidente, qu'un tel appel permet de réexaminer la décision « à partir de critères différents et plus larges [que] ceux applicables en matière de révision judiciaire » (p. 2801).

[35] Je considère que les arrêts récents de notre Cour en matière de contrôle judiciaire remettent en cause l'approche qu'ont inspirée les commentaires du juge Gendreau. C'est d'ailleurs sur ces arrêts que s'appuie l'autre approche de la Cour d'appel sur la question.

[36] L'arrêt déterminant de cette deuxième approche est *Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys c. Gallardo*, 2012 QCCA 908, [2012] R.J.Q. 1001, par. 47-51. Il est rendu après l'arrêt *Association des pompiers* mais avant celui prononcé en l'espèce. Il reflète un courant plus minoritaire (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Dhawan*, 2000 CanLII 11031 (C.A. Qc), par. 11-12; *Compagnie minière Québec Cartier c. Québec (Commission des droits de la personne)*, 1998 CanLII 12609 (C.A. Qc), p. 5 des motifs de la juge Otis). Suivant cette approche, la Cour d'appel applique aux décisions finales du Tribunal les principes de droit administratif relatifs au contrôle judiciaire et s'en remet aux critères énoncés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Il faut donc choisir entre deux normes de contrôle : la décision correcte ou la décision raisonnable. Le choix dépend surtout de la nature de la question soulevée.

[37] In *Gallardo*, Dalphond J.A. discussed the characteristics that make the Tribunal a specialized administrative tribunal rather than a court (paras. 36-46). Relying on authorities from this Court, he stated that, in such a case, the principles of administrative law apply [TRANSLATION] "both to a review by a superior court by way of an application for judicial review and to one by way of an appeal to a court of law with broader jurisdiction" (para. 47).

[38] In my view, Dalphond J.A. was right: this approach must prevail. Where a court reviews a decision of a specialized administrative tribunal, the standard of review must be determined on the basis of administrative law principles. This is true regardless of whether the review is conducted in the context of an application for judicial review or of a statutory appeal (*Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at paras. 13 and 18-21; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paras. 17, 21, 27 and 36; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at paras. 2 and 21; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, 2001 SCC 36, [2001] 2 S.C.R. 100, at para. 27).

[39] It is true that the Tribunal is similar to a court both in the questions it must decide and in the adversarial nature of the proceedings before it. However, these similarities do not change its nature. It is a specialized administrative tribunal. As in the reasons of Dalphond J.A. in *Gallardo* and Gagnon J.A. in the instant case, the Court of Appeal has characterized the Tribunal as such in several other cases (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654, at para. 60; *For-Net Montréal inc. v. Chergui*, 2014 QCCA 1508, at para. 69; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles v. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593, at para. 25, note 17; *Imperial Tobacco Canada Ltd. v. Létourneau*, 2013 QCCA 1139, at para. 23, note 4; *Commission de la santé et de la sécurité du travail v. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203, at para. 35; *Québec (Procureure générale) v. Tribunal des droits de*

[37] Dans *Gallardo*, le juge Dalphond revoit les caractéristiques qui font du Tribunal un tribunal administratif spécialisé plutôt que judiciaire (par. 36-46). Se basant sur la jurisprudence de notre Cour, il précise que, dans ce cas, les principes du droit administratif s'appliquent « tant au contrôle judiciaire par voie de révision judiciaire par une cour supérieure que par appel devant une cour de justice à compétence élargie » (par. 47).

[38] J'estime que le juge Dalphond a raison : cette approche doit prévaloir. Lorsqu'une cour de justice contrôle la décision d'un tribunal administratif spécialisé, la norme d'intervention doit être déterminée en fonction des principes du droit administratif. C'est le cas lorsque le contrôle s'exerce par suite d'une demande de révision judiciaire, mais aussi lorsqu'il procède par voie d'appel prévu par une loi (*Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 13 et 18-21; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 17, 21, 27 et 36; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 2 et 21; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, 2001 CSC 36, [2001] 2 R.C.S. 100, par. 27).

[39] Il est vrai que le Tribunal s'apparente à une cour de justice, tant par les questions qu'il est appelé à trancher que par le caractère contradictoire des débats qui se soulèvent devant lui. Toutefois, ces similarités ne changent pas sa nature. Il demeure un tribunal administratif spécialisé. Tout comme elle l'a fait sous la plume du juge Dalphond dans *Gallardo* et du juge Gagnon en l'espèce, la Cour d'appel l'a qualifié ainsi dans plusieurs affaires (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCA 1654, par. 60; *For-Net Montréal inc. c. Chergui*, 2014 QCCA 1508, par. 69; *Association des juges administratifs de la Commission des lésions professionnelles c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1690, [2013] R.J.Q. 1593, par. 25, note 17; *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Létourneau*, 2013 QCCA 1139, par. 23, note 4; *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*, 2005 QCCA 775, [2005] R.J.Q. 2203, par. 35; *Québec (Procureure générale) c. Tribunal*

la personne, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.), at para. 67). There are a number of factors that support this characterization.

[40] First of all, the Tribunal is not a court to which the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16, applies. It is a body created under the *Quebec Charter* whose expertise relates mainly to cases involving discrimination (ss. 71, 111 and 111.1 of the *Quebec Charter*). Its jurisdiction in this regard is based on the mechanism for receiving and processing complaints that is provided for in the *Quebec Charter* and implemented by the Commission. For such complaints, the Tribunal is intended to be an extension, as an adjudicative body, of the Commission's preliminary investigation mechanism (*Gallardo*, at para. 39). Some of its members are appointed from among the judges of the Court of Québec having experience, expertise and an interest in human rights (s. 101). The others are assessors, who have experience, expertise and an interest in the same area and who assist those judges (ss. 62, 101 and 104). The members are appointed for five-year terms, which are renewable (s. 101).

[41] The Tribunal's procedure also reflects its nature. The rules governing the Tribunal are set out in ss. 110, 113 and 114 to 124 of the *Quebec Charter*. They provide *inter alia*, that the Tribunal is not strictly bound by the usual rules of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 ("*C.C.P.*"). The powers conferred on the Tribunal give it the flexibility it needs to carry out its mandate. The process is meant to be quick and efficient in order to improve access to justice (*Gallardo*, at paras. 42-43; *For-Net*, at paras. 36-37).

[42] Finally, the *Quebec Charter* protects the Tribunal's jurisdiction by means not only of a privative clause (s. 109 para. 1), but also of a supporting clause (s. 109 para. 2).

[43] Contrary to what the first of the Court of Appeal's approaches suggests, the existence of a right to appeal with leave does not mean that the Tribunal's specialized administrative nature can be disregarded. Nor is the fact that the Tribunal does not have exclusive jurisdiction in discrimination cases

des droits de la personne, [2002] R.J.Q. 628 (C.A.), par. 67). Plusieurs indices appuient cette qualification.

[40] D'abord, le Tribunal n'est pas un tribunal judiciaire visé par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Il constitue un organisme créé par la *Charte québécoise* dont l'expertise porte principalement sur les affaires de discrimination (art. 71, 111 et 111.1 de la *Charte québécoise*). Sa compétence à cet égard est tributaire du mécanisme de réception et de traitement des plaintes instauré par la *Charte québécoise* et mis en œuvre par la Commission. À l'égard de ces plaintes, il se veut la continuité, comme organe juridictionnel, du mécanisme d'enquête préliminaire de la Commission (*Gallardo*, par. 39). Certains de ses membres sont nommés parmi les juges de la Cour du Québec ayant une expérience, une expertise et un intérêt pour les droits de la personne (art. 101). Les autres sont des assesseurs qui possèdent une expérience, une expertise et un intérêt dans le même domaine et qui assistent ces juges (art. 62, 101 et 104). Les membres sont nommés pour un mandat de cinq ans, renouvelable (art. 101).

[41] Ensuite, la procédure du Tribunal reflète également sa nature. Les règles qui le régissent se trouvent aux art. 110, 113 et 114 à 124 de la *Charte québécoise*. Elles précisent notamment que le Tribunal n'est pas strictement lié par les règles habituelles du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (« *C.p.c.* »). Les pouvoirs accordés au Tribunal lui confèrent la flexibilité requise pour remplir son mandat. Le processus se veut rapide et efficace, afin d'améliorer l'accès à la justice (*Gallardo*, par. 42-43; *For-Net*, par. 36-37).

[42] Enfin, la *Charte québécoise* protège la compétence du Tribunal à l'aide non seulement d'une clause privative (art. 109 al. 1), mais aussi d'une clause de renfort (art. 109 al. 2).

[43] Contrairement à ce que suggère la première approche de la Cour d'appel, l'existence d'un droit d'appel sur permission ne permet pas de faire abstraction de la nature administrative spécialisée du Tribunal. Le fait que le Tribunal n'ait pas compétence exclusive en matière de discrimination et

and that a complainant can also turn to the ordinary courts determinative. Although the scope of a right to appeal and the absence of exclusive jurisdiction may sometimes affect the deference to be shown to decisions of a specialized administrative tribunal, this does not justify replacing the standards of review applicable to judicial review with the appellate standards (*Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paras. 35-39; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paras. 23-24; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 14-15; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("*Mowat*"), at para. 23).

[44] There is nothing novel about applying judicial review standards to a specialized administrative tribunal like the Tribunal. As this Court stated in *Mowat* (at para. 19), this is true with respect to many bodies that are required to rule on human rights complaints.

(2) Standards of Review Applicable in the Instant Case

[45] This being said, the choice of the applicable standard depends primarily on the nature of the questions that have been raised, which is why it is important to identify those questions correctly (*Mowat*, at para. 16; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 4). For the purposes of this appeal, it will suffice to mention the following in this regard.

[46] Deference is in order where the Tribunal acts within its specialized area of expertise, interprets the *Quebec Charter* and applies that charter's provisions to the facts to determine whether a complainant has been discriminated against (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 166-68; *Mowat*, at para. 24). In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011

qu'un plaignant puisse aussi faire appel aux tribunaux de droit commun n'est pas non plus déterminant. Si l'étendue d'un droit d'appel et l'absence de compétence exclusive peuvent parfois influer sur la déférence applicable envers certaines décisions d'un tribunal administratif spécialisé, cela ne justifie pas pour autant d'écarter les normes de contrôle propres à la révision judiciaire pour y préférer celles de l'appel (*Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35-39; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 23-24; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 14-15; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 23).

[44] L'assujettissement d'un tribunal administratif spécialisé comme le Tribunal aux normes de contrôle de la révision judiciaire n'a rien d'inédit. Comme notre Cour l'indique dans *Mowat* (par. 19), c'est le cas de nombreux organismes appelés à statuer en matière de droits de la personne.

(2) Les normes d'intervention applicables en l'espèce

[45] Cela dit, le choix de la norme applicable dépend principalement de la nature des questions soulevées, d'où l'importance de bien identifier ces questions (*Mowat*, par. 16; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4). Pour les besoins du pourvoi, il suffit de rappeler ce qui suit à ce sujet.

[46] Lorsque le Tribunal agit à l'intérieur de son champ d'expertise et qu'il interprète la *Charte québécoise* et applique ses dispositions aux faits pour décider de l'existence de discrimination, la déférence s'impose (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 166-168; *Mowat*, par. 24). Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S.

SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30, 34 and 39, the Court noted that, on judicial review of a decision of a specialized administrative tribunal interpreting and applying its enabling statute, it should be presumed that the standard of review is reasonableness (*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 55; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 ("*NGC*"), at para. 13; *Khosa*, at para. 25; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at paras. 26 and 28; *Dunsmuir*, at para. 54). In such situations, deference should normally be shown, although this presumption can sometimes be rebutted. One case in which it can be rebutted is where a contextual analysis reveals that the legislature clearly intended not to protect the tribunal's jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard (*Tervita*, at paras. 35-36 and 38-39; *McLean*, at para. 22; *Rogers*, at para. 15).

[47] Another such case is where general questions of law are raised that are of importance to the legal system and fall outside the specialized administrative tribunal's area of expertise (*Dunsmuir*, at paras. 55 and 60). Moldaver J. noted the following on this point in *McLean* (at para. 27):

> The logic underlying the "general question" exception is simple. As Bastarache and LeBel JJ. explained in *Dunsmuir*, "[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers" (para. 60). Or, as LeBel and Cromwell JJ. put it in *Mowat*, correctness review for such questions "safeguard[s] a basic consistency in the fundamental legal order of our country" (para. 22).

[48] As LeBel and Cromwell JJ. pointed out in *Mowat* (at para. 23), however, it is important to resist the temptation to apply the correctness standard to all questions of law of general interest that are brought before the Tribunal:

654, par. 30, 34 et 39, la Cour rappelle que, lors du contrôle judiciaire de la décision d'un tribunal administratif spécialisé qui interprète et applique sa loi constitutive, il y a lieu de présumer que la norme de contrôle est la décision raisonnable (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 55; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 (« *MBA* »), par. 13; *Khosa*, par. 25; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26 et 28; *Dunsmuir*, par. 54). Dans ces situations, la déférence est normalement requise, quoique cette présomption puisse parfois être repoussée. Ce peut être le cas lorsqu'une analyse contextuelle révèle une intention claire du législateur de ne pas protéger la compétence du tribunal à l'égard de certaines questions; l'existence d'une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin (*Tervita*, par. 35-36 et 38-39; *McLean*, par. 22; *Rogers*, par. 15).

[47] C'est aussi le cas lorsque se soulève une question de droit générale d'importance pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du tribunal administratif spécialisé (*Dunsmuir*, par. 55 et 60). Dans *McLean*, le juge Moldaver note ceci sur ce sujet (par. 27) :

> Le raisonnement qui sous-tend l'exception prévue à l'égard de la « question de droit générale » est simple. Comme l'expliquent les juges Bastarache et LeBel dans *Dunsmuir*, « [p]areille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l'administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Autrement dit, comme le précisent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat*, cette question est assujettie à la norme de la décision correcte « dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays » (par. 22).

[48] Selon ce que soulignent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat* (par. 23), il est par contre important de résister à la tentation d'appliquer la norme de la décision correcte à toutes les questions de droit d'intérêt général que le Tribunal est appelé à trancher :

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise.

[49] In the instant case, an important question concerns the scope of the state's duty of religious neutrality that flows from the freedom of conscience and religion protected by the *Quebec Charter*. The Tribunal and the Court of Appeal each dealt with this question of law, but they disagreed on how it should be answered. Whereas the Tribunal found that the state has an [TRANSLATION] "obligation to maintain neutrality" (paras. 209-11), the Court of Appeal preferred the more nuanced concept of [TRANSLATION] "benevolent neutrality" (paras. 76-79). Although I agree with the Tribunal on this point, I am of the opinion that, in this case, the Court of Appeal properly applied the correctness standard on this question.

[50] However, it was not open to the Court of Appeal to apply that standard to the entire appeal and to disregard those of the Tribunal's determinations that require deference and are therefore subject to the reasonableness standard. For example, the question whether the prayer was religious in nature, the extent to which the prayer interfered with the complainant's freedom and the determination of whether it was discriminatory fall squarely within the Tribunal's area of expertise. The same is true of the qualification of the experts and the assessment of the probative value of their testimony, which concerned the assessment of the evidence that had been submitted (*NGC*, at para. 30; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at para. 74; *Khosa*, at paras. 59 and 65-67). The Tribunal is entitled to deference on such matters. The only requirement is that its reasoning be transparent and intelligible. Its decision must be considered reasonable if its conclusions fall within

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel.

[49] Dans le présent cas, une question importante du litige concerne les contours de la neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion que protège la *Charte québécoise*. Le Tribunal et la Cour d'appel traitent chacun de cette question de droit, mais divergent d'opinion sur la réponse à donner. Là où le Tribunal voit une « obligation de neutralité » de l'État (par. 209-211), la Cour d'appel préfère une notion plus nuancée de « neutralité bienveillante » (par. 76-79). Bien que je partage l'opinion du Tribunal sur ce point, je considère que, en l'espèce, la Cour d'appel a eu raison d'appliquer la norme de la décision correcte à cette question.

[50] Toutefois, la Cour d'appel ne pouvait pour autant appliquer cette norme à l'ensemble du pourvoi et faire abstraction des conclusions du Tribunal qui commandaient la déférence et, partant, l'application de la norme de la décision raisonnable. Par exemple, l'évaluation du caractère religieux de la prière, la portée des atteintes causées par celle-ci au plaignant et la détermination du caractère discriminatoire de cette prière sont au cœur de l'expertise du Tribunal. Il en est de même de la qualification des experts et de l'appréciation de la valeur probante de leurs témoignages, questions qui participent de l'évaluation de la preuve présentée (*MBA*, par. 30; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502, par. 74; *Khosa*, par. 59 et 65-67). Le Tribunal a droit à la déférence sur ces questions. Il suffit que son raisonnement soit transparent et intelligible. Sa décision doit être considérée comme raisonnable si ses conclusions appartiennent aux « issues possibles acceptables pouvant se

a "range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, at para. 47).

[51] In her concurring reasons, Abella J. disagrees with this approach to the applicable standards of review in the instant case. In my opinion, in the context of this appeal, this Court's decisions, more specifically *Dunsmuir*, *Mowat* and *Rogers*, to which I have referred, support a separate application of the standard of correctness to the question of law concerning the scope of the state's duty of neutrality that flows from freedom of conscience and religion. I find that the importance of this question to the legal system, its broad and general scope and the need to decide it in a uniform and consistent manner are undeniable. Moreover, the jurisdiction the legislature conferred on the Tribunal in this regard in the *Quebec Charter* was intended to be non-exclusive; the Tribunal's jurisdiction is exercised concurrently with that of the ordinary courts. I am therefore of the view that the presumption of deference has been rebutted for this question. This Court confirmed in a recent case (*Tervita*, at paras. 24 and 34-40) that the applicable standards on judicial review of the conclusions of a specialized administrative tribunal can sometimes vary depending on whether the questions being analyzed are of law, of fact, or of mixed fact and law.

[52] Having made these clarifications concerning the applicable standards, I will deal briefly with the religious symbols before turning to the main question in the appeal.

B. *The Religious Symbols*

[53] The Court of Appeal found that, because the Commission had not conducted an investigation into the question of the religious symbols, namely the Sacred Heart statue in Chicoutimi and the crucifix in La Baie, it was not open to the Tribunal to consider it. I agree.

[54] The Tribunal was created under ss. 100 et seq. of the *Quebec Charter*. In discrimination cases, its jurisdiction is dependent on the work done beforehand by the Commission (ss. 111 and 80 to 82).

justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47).

[51] Dans ses motifs concordants, la juge Abella se dit en désaccord avec ce traitement des normes de contrôle applicables en l'espèce. Pour ma part, dans le contexte de ce pourvoi, j'estime que la jurisprudence de notre Cour, au premier chef les arrêts *Dunsmuir*, *Mowat* et *Rogers* auxquels je renvoie, justifie d'assujettir à la norme distincte de la décision correcte la question de droit relative aux contours de l'obligation de neutralité de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion. L'importance de cette question pour le système juridique, sa portée large et générale et le souci de la trancher de manière uniforme et cohérente me semblent ici indéniables. Dans la *Charte québécoise*, le législateur a du reste conféré au Tribunal une compétence qu'il a voulue non exclusive sur le sujet; le Tribunal l'exerce d'ailleurs de façon concurrente avec les tribunaux de droit commun. Je considère que la présomption de déférence est donc repoussée au regard de cette question. Dans un arrêt récent (*Tervita*, par. 24 et 34-40), notre Cour confirme que les conclusions d'un tribunal administratif spécialisé peuvent parfois faire l'objet d'une révision judiciaire selon une norme qui varie en fonction des questions de droit, de fait ou mixtes de fait et de droit analysées.

[52] Ayant apporté ces clarifications sur les normes applicables, je traite brièvement des symboles religieux avant de passer à la question principale du pourvoi.

B. *Les symboles religieux*

[53] La Cour d'appel a conclu que, en l'absence d'enquête de la Commission sur le sujet, le Tribunal ne pouvait se prononcer sur la question des signes religieux que représentent la statue du Sacré-Cœur de Chicoutimi et le crucifix de La Baie. Je suis d'accord.

[54] Le Tribunal est créé en vertu des art. 100 et suiv. de la *Charte québécoise*. En matière de discrimination, sa compétence est tributaire du travail accompli au préalable par la Commission (art. 111

The *Quebec Charter* provides for a comprehensive mechanism by virtue of which the Commission is responsible for receiving, processing and screening the complaints submitted to it (ss. 74 et seq.).

[55] People who believe they have been discriminated against can either file a complaint with the Commission or bring an action directly in a court of law. Those who choose to file a complaint with the Commission commit themselves to an administrative process whose various stages reflect the screening role conferred on the Commission. At the stage of receipt of a complaint, the Commission may refuse to act on one of the grounds set out in s. 77, where, for example, it considers the complaint to be frivolous, vexatious or made in bad faith. If there are no grounds for refusing to act at that stage, the Commission begins investigating and tries to collect any relevant evidence (s. 78). Upon completing this investigation, the Commission may cease to act if it believes that the evidence it has collected is insufficient. Where it refuses or ceases to act in such a case, the complainant may not then submit his or her own application to the Tribunal to pursue a remedy, but must instead turn to the Superior Court or the Court of Québec.

[56] If, on the other hand, the Commission considers the evidence sufficient, it may decide to submit an application to the Tribunal to pursue a remedy (ss. 78 and 80). However, it is not required to do so. Even if it considers the complaint justified, s. 84 gives it the discretion not to submit such an application, in which case the complainant may, on an exceptional basis and at his or her own expense, submit an application to the Tribunal to pursue the remedy that could have been pursued by the Commission. For this purpose, the complainant is substituted by operation of law for the Commission (s. 84 para. 2).

[57] LeBel J.A., as he then was, described this mechanism in detail in *Ménard v. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108. It has two important characteristics for our purposes. First, in discrimination cases, not every person who believes that his or her fundamental rights have been violated may apply to the Tribunal. As a general rule, aside from a case

et 80 à 82). La *Charte québécoise* établit un mécanisme complet en vertu duquel la Commission se charge de la réception, du traitement et du filtrage des plaintes qui lui sont soumises (art. 74 et suiv.).

[55] La personne qui se croit victime de discrimination peut soit déposer une plainte devant la Commission soit intenter un recours directement devant les tribunaux de droit commun. Si elle choisit de s'adresser à la Commission, elle s'engage dans un processus administratif dont les différentes étapes témoignent du rôle de filtrage des plaintes confié à cette dernière. À l'étape de la réception, la Commission peut refuser d'agir pour l'un des motifs énumérés à l'art. 77. C'est le cas, par exemple, lorsqu'elle juge la plainte frivole, vexatoire ou faite de mauvaise foi. S'il n'y a pas lieu de refuser d'agir à cette étape, la Commission entreprend une enquête et tente de recueillir les éléments de preuve pertinents (art. 78). Au terme de cette enquête, la Commission peut cesser d'agir si elle juge la preuve recueillie insuffisante. Dans ces cas où elle refuse ou cesse d'agir, le plaignant ne peut intenter lui-même un recours devant le Tribunal, mais doit plutôt se diriger vers la Cour supérieure ou la Cour du Québec.

[56] Par contre, si elle juge la preuve suffisante, la Commission peut décider d'intenter elle-même un recours devant le Tribunal (art. 78 et 80). Elle n'y est cependant pas tenue. Même lorsqu'elle juge la plainte fondée, l'art. 84 lui accorde la discrétion de ne pas intenter de recours. Dans cette éventualité, le plaignant peut exceptionnellement saisir lui-même à ses frais le Tribunal et exercer le recours qu'aurait pu exercer la Commission. À cette fin, le plaignant est alors substitué de plein droit à la Commission (art. 84 al. 2).

[57] Le juge LeBel, alors à la Cour d'appel, décrit ce mécanisme en détail dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108. J'en retiens deux caractéristiques d'importance. Premièrement, en matière de discrimination, n'a pas accès au Tribunal quiconque se croit lésé dans ses droits fondamentaux. Règle générale, sauf la substitution prévue à l'art. 84

of substitution under s. 84 para. 2, only the Commission is authorized to submit an application to the Tribunal (ss. 80 to 82). Second, where a complainant has a right to submit his or her own application to the Tribunal, the scope of the remedy is limited by the work done beforehand by the Commission. The Tribunal's jurisdiction is circumscribed by that work. In a discrimination case, the application to the Tribunal is intended to be an extension of the investigation conducted by the Commission in response to a complaint.

[58] In his complaint, Mr. Simoneau requested both that the recitation of the prayer be stopped and that all religious symbols be removed from council chambers. However, the Commission decided to limit its investigation to the question whether the prayer was discriminatory in nature under ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. In its statement of facts, the Commission clearly indicated that it would not be investigating the religious symbols.

[59] Nevertheless, although the Tribunal acknowledged (at para. 18) that the principles established in *Ménard* did not allow it to consider the question of the religious symbols, it noted that the Commission had, contrary to s. 77 of the *Quebec Charter*, failed to state the reasons for its decision not to investigate that aspect of the complaint. The Tribunal concluded from this that the Commission had not properly "refused to act" with respect to the symbols within the meaning of that provision. It referred to the imperatives of access to justice and proportionality to justify its decision to consider the question (para. 22), even though nothing in its enabling statute authorized it to rely on those imperatives to extend its jurisdiction.

[60] The Commission limited its investigation to determining whether the prayer was discriminatory in nature. That being the case, the Tribunal could not extend its jurisdiction to questions related to the discriminatory nature of the religious symbols under s. 11 or to the other questions raised by the appellants before the Tribunal, such as interference with the right to the safeguard of one's dignity or the right to information that are guaranteed by, respectively, s. 4 and s. 44. To conclude otherwise would

al. 2, seule la Commission est autorisée à saisir le Tribunal d'une affaire (art. 80 à 82). Deuxièmement, lorsqu'un plaignant est autorisé à se présenter lui-même devant le Tribunal, la portée de son recours est limitée par le travail effectué jusque-là par la Commission. La compétence du Tribunal est circonscrite par ce travail préalable. Dans les affaires de discrimination, le recours devant le Tribunal se veut le prolongement de l'enquête menée par la Commission à la suite du dépôt d'une plainte.

[58] Dans sa plainte, M. Simoneau réclamait à la fois la cessation de la prière et le retrait de tout symbole religieux des salles de délibérations. La Commission a toutefois décidé de limiter son enquête au seul caractère discriminatoire de la prière au regard des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Dans son exposé factuel, elle indique clairement son refus de faire enquête sur les symboles religieux.

[59] Malgré cela, dans sa décision (par. 18), le Tribunal reconnaît, d'un côté, que les principes établis dans l'arrêt *Ménard* ne lui permettent pas de se saisir de la question des symboles. De l'autre, il souligne que, contrairement à ce qu'exige l'art. 77 de la *Charte québécoise*, la Commission a omis de motiver sa décision de ne pas enquêter sur cet aspect de la plainte. Il en conclut que la Commission n'a pas dûment « refusé d'agir » à l'égard des symboles au sens de cette disposition. Il fait appel aux impératifs d'accès à la justice et de proportionnalité pour justifier sa décision de se saisir de la question (par. 22), alors que rien dans sa loi habilitante ne lui permet de les invoquer pour élargir sa compétence.

[60] La Commission a fait porter son enquête uniquement sur le caractère discriminatoire de la prière. Cela étant, le Tribunal ne pouvait étendre sa compétence aux questions touchant le caractère discriminatoire des symboles religieux visés à l'art. 11, pas plus qu'aux autres questions soulevées par les appelants devant le Tribunal, telle l'atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité et au droit à l'information que garantissent respectivement les art. 4 et 44. Conclure autrement réduirait indûment la

be to unduly curtail the Commission's function of managing and screening complaints (*Ménard*, at p. 2120). The Tribunal's jurisdiction in discrimination cases is dependent on the Commission's having first conducted an investigation. There was quite simply no such investigation into the religious symbols contested by Mr. Simoneau.

[61] Although the majority of the Court of Appeal expressed the opinion that it had not been open to the Tribunal to rule on the religious symbols, they nonetheless considered it necessary to speak to the question themselves in light of the insistence of certain parties (para. 116). In my opinion, they erred in doing so. I agree with Hilton J.A. on this point. It was not open to the majority, after noting that the Tribunal had lacked jurisdiction, to turn around and assume jurisdiction for the Court of Appeal on the same question. There is a contradiction here that is difficult to justify. In his concurring reasons, Hilton J.A. rightly observed that it was not necessary to rule on this point to decide the appeal. As he stated, the appellants still had the right, if need be, to bring an action in the Superior Court or the Court of Québec in order to obtain the remedies that fell outside the Tribunal's jurisdiction.

[62] However, it is important to draw a distinction between the Tribunal's jurisdiction on the one hand and, on the other, its authority to hear and consider the evidence in examining the question that was properly before it. Because the Tribunal had jurisdiction to determine whether the prayer was discriminatory, it could admit "any evidence useful and relevant" to that determination (s. 123 of the *Quebec Charter*). The Tribunal did not have to limit itself to the evidence collected by the Commission in its investigation. It could also consider the evidence showing the context in which the prayer was recited. The actions of the mayor and the municipal councillors, as well as the presence of religious symbols in two council chambers, formed part of that context. This evidence was relevant to the determination of whether the prayer was religious or discriminatory. I will come back to this in my analysis of the main question in the appeal, to which I will now turn.

fonction de gestion et de filtrage des plaintes de la Commission (*Ménard*, p. 2120). En matière de discrimination, la compétence du Tribunal est tributaire de l'existence d'une enquête préalable menée par la Commission. Sur les symboles religieux contestés par M. Simoneau, il n'y en a tout simplement pas eu.

[61] Tout en exprimant l'opinion que le Tribunal ne pouvait s'en saisir, la majorité de la Cour d'appel a néanmoins jugé nécessaire, vu l'insistance de certains, de se prononcer elle-même sur cette question (par. 116). À mon avis, elle a fait erreur en agissant de la sorte. Je partage l'opinion du juge Hilton sur ce point. Ayant noté l'absence de compétence du Tribunal, la majorité ne pouvait, en même temps, s'arroger en appel la compétence d'en traiter. Il y a là une contradiction difficile à justifier. Dans ses motifs concordants, le juge Hilton souligne avec raison qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur ce sujet pour trancher le pourvoi. Comme il l'indique, le cas échéant, les appelants conservent le droit d'intenter un recours en Cour supérieure ou en Cour du Québec pour obtenir les réparations qui échappent à la compétence du Tribunal à ce chapitre.

[62] Il importe par contre de distinguer entre, d'une part, la compétence du Tribunal et, d'autre part, son pouvoir d'entendre et de considérer la preuve dans l'examen de la question dont il est proprement saisi. Puisque le Tribunal avait compétence pour décider du caractère discriminatoire de la prière, il pouvait recevoir « toute preuve utile et pertinente » à ce sujet (art. 123 de la *Charte québécoise*). Le Tribunal n'était pas tenu de se limiter aux éléments recueillis par la Commission au cours de son enquête. Il pouvait aussi tenir compte de la preuve témoignant du contexte entourant la récitation de la prière. Le comportement du maire et des conseillers municipaux, ainsi que la présence des symboles religieux dans deux salles de délibération du conseil, en font partie. Il s'agit d'une preuve pertinente sur le caractère religieux ou discriminatoire de la prière. J'y reviendrai dans mon analyse de la question principale du pourvoi que j'aborde maintenant.

C. *The Prayer*

[63] The prayer recited at the municipal council's public meetings is at the heart of the dispute between the parties. The recitation of the prayer is regulated by a legislative measure, namely the By-law. The appellants argue that, in view of their religious nature, the practice and the By-law interfere in a discriminatory manner with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. The discrimination is allegedly based on his religious views, that is, on his atheism. In the appellant's opinion, there is in this case proof of discrimination, that is, (1) a distinction, exclusion or preference flowing from that practice and that By-law that (2) is based on a ground listed in s. 10 and (3) has the effect of nullifying or impairing Mr. Simoneau's right to the full and equal exercise of his human rights and freedoms (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665 ("*Boisbriand*"), at para. 84; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 538; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, at p. 98). The respondents counter that the authority for the recitation of a prayer such as this at council meetings and for regulating it by means of a by-law lies in the right of the City's officials to freedom of conscience and religion, and that Mr. Simoneau's right is therefore not impaired.

[64] In my opinion, the appellants' position must prevail. Sponsorship of one religious tradition by the state in breach of its duty of neutrality amounts to discrimination against all other such traditions (*S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 17). If the state favours one religion at the expense of others, it imports a disparate impact that is destructive of the religious freedom of the collectivity (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337). In a case such as this, the practice of reciting the prayer and the By-law that regulates it result in the exclusion of Mr. Simoneau on the basis of a listed ground, namely religion. That exclusion impairs his right to full and equal exercise of his freedom of conscience and religion. The discrimination of which he complains

C. *La prière*

[63] La prière récitée aux séances publiques du conseil municipal constitue le cœur du débat qui oppose les parties. Une mesure législative, soit le Règlement, encadre la récitation de cette prière. Les appelants plaident que cette pratique et ce Règlement, vu leur caractère religieux, attentent de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau, en violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. Cette discrimination serait fondée sur ses positions religieuses, c'est-à-dire son athéisme. Il y aurait en l'espèce une preuve de discrimination, soit (1) une distinction, exclusion ou préférence résultant de cette pratique et de ce Règlement; qui (2) serait fondée sur un motif énuméré à l'art. 10; et qui (3) aurait pour effet de détruire ou de compromettre le droit à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665 (« *Boisbriand* »), par. 84; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90, p. 98). Les intimés rétorquent que la liberté de conscience et de religion des représentants de la Ville permet la récitation d'une prière de cette nature lors des séances du conseil et son encadrement au moyen d'un règlement, si bien que l'atteinte au droit de M. Simoneau est inexistante.

[64] À mon avis, la position des appelants doit prévaloir. Le parrainage par l'État d'une tradition religieuse, en violation de son devoir de neutralité, constitue de la discrimination à l'endroit de toutes les autres (*S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 17). Si l'État favorise une religion au détriment des autres, il crée en effet une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 337). Dans un cas comme celui-ci, la pratique qui consiste à réciter la prière et le Règlement qui l'encadre entraînent l'exclusion de M. Simoneau sur la base d'un motif énuméré, soit la religion. Cette exclusion compromet son droit à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion. La discrimination dont il se

relates directly to the determination of whether, on the one hand, the prayer is religious in nature and whether, on the other hand, the City is entitled to have it recited as it did. In my opinion, I must therefore begin the discussion by establishing the scope of the state's duty of neutrality in the context of freedom of conscience and religion. I will then consider the rules that make it possible to determine whether the state has breached its duty of neutrality in adopting a statute, regulations or a practice. Finally, I will apply these rules to the facts in evidence before the Tribunal.

(1) Neutrality of the State As Regards Freedom of Conscience and Religion

[65] Section 3 of the *Quebec Charter* protects the freedom of conscience and religion of every person:

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

[66] Section 10 supplements s. 3 and prohibits discrimination based on various grounds, including religion:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on . . . religion . . . .

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

[67] Section 2(*a*) of the *Canadian Charter* is the constitutional counterpart of s. 3:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

[68] Because of the similarity between s. 3 of the *Quebec Charter* and s. 2 of the *Canadian Charter*, it is well established that s. 3 should be interpreted in light of the principles that have been developed in relation to the application of the *Canadian Charter* (*Boisbriand*, at para. 42). In *Big M*, the Court

plaint est directement tributaire, d'une part, du caractère religieux de la prière, et d'autre part, du droit de la Ville de la réciter comme elle le fait. J'estime par conséquent qu'il y a lieu d'amorcer la discussion en dégageant en premier lieu les contours de l'obligation de neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion. Je traiterai ensuite des règles qui permettent de déterminer si l'État a manqué à son obligation de neutralité en adoptant une loi, un règlement ou une pratique. Je procéderai enfin à l'application de ces règles aux faits mis en preuve devant le Tribunal.

(1) La neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion

[65] L'article 3 de la *Charte québécoise* protège la liberté de conscience et de religion de chacun :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

[66] L'article 10 complète l'art. 3 et interdit la discrimination basée sur différents motifs, entre autres la religion :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [. . .] la religion . . .

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

[67] L'alinéa 2*a*) de la *Charte canadienne* est le pendant constitutionnel de l'art. 3 :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

[68] Vu la similitude entre l'art. 3 de la *Charte québécoise* et l'art. 2 de la *Charte canadienne*, il est acquis qu'il convient d'interpréter la première disposition à la lumière des principes dégagés de l'application de la *Charte canadienne* (*Boisbriand*, par. 42). Dans *Big M*, la Cour s'est penchée sur la

considered the freedom of conscience and religion guaranteed by the *Canadian Charter*, and Dickson J. defined this freedom as follows:

> A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. . . .
>
> . . .
>
> What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority". [Emphasis added; pp. 336-37.]

[69] This passage shows that freedom of conscience and religion protects the right to entertain beliefs, to declare them openly and to manifest them, while at the same time guaranteeing that no person can be compelled to adhere directly or indirectly to a particular religion or to act in a manner contrary to his or her beliefs (J. Woehrling, "L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse" (1998), 43 *McGill L.J.* 325, at p. 371; see also the comments of LeBel J. in *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at para. 65, although dissenting, he was not contradicted by the majority on this point).

[70] These protections are not limited to religious beliefs. The freedom not to believe, to manifest one's non-belief and to refuse to participate in religious observance is also protected:

notion de liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne*. Le juge Dickson y a défini ainsi cette liberté :

> Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. . .
>
> . . .
>
> Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ». [Je souligne; p. 336-337.]

[69] Cet extrait montre que la liberté de conscience et de religion protège d'un côté le droit de croire, de professer ouvertement ses croyances et de les manifester. De l'autre, elle garantit que nul ne peut être contraint d'adhérer, directement ou indirectement, à une religion particulière ou d'agir de manière contraire à ses croyances (J. Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998), 43 *R.D. McGill* 325, p. 371; voir aussi les propos du juge LeBel dans *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, par. 65, bien que dissident il n'a pas été contredit par la majorité sur ce point).

[70] Ces protections ne se limitent pas aux seules croyances religieuses. Elles protègent aussi la liberté de ne pas croire, celle de manifester son incroyance et celle de refuser de se soumettre à l'observance religieuse :

Religious belief and practice are historically prototypical and, in many ways, paradigmatic of conscientiously-held beliefs and manifestations and are therefore protected by the *Charter*. Equally protected, and for the same reasons, are expressions and manifestations of religious non-belief and refusals to participate in religious practice. [Emphasis added.]

(*Big M*, at pp. 346-47)

In *S.L.*, at para. 32, Deschamps J. pointed out that freedom of religion includes the freedom to have no religious beliefs whatsoever. For the purposes of the protections afforded by the charters, the concepts of "belief" and "religion" encompass non-belief, atheism and agnosticism.

[71] Neither the *Quebec Charter* nor the *Canadian Charter* expressly imposes a duty of religious neutrality on the state. This duty results from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion. I will reproduce the following comments made by LeBel J. in *Lafontaine* in which he described the evolution of the concept of religious neutrality (although he was dissenting, the majority did not contradict him on this point either):

The duty of neutrality appeared at the end of a long evolutionary process that is part of the history of many countries that now share Western democratic traditions. Canada's history provides one example of this experience, which made it possible for the ties between church and state to be loosened, if not dissolved. There were, of course, periods when there was a close union of ecclesiastical and secular authorities in Canada. European settlers introduced to Canada a political theory according to which the social order was based on an intimate alliance of the state and a single church, which the state was expected to promote within its borders. Throughout the history of New France, the Catholic church enjoyed the status of sole state religion. After the Conquest and the Treaty of Paris, the Anglican church became the official state religion, although social realities prompted governments to give official recognition to the status and role of the Catholic church and various Protestant denominations. This sometimes official, sometimes tacit recognition, which reflected the make-up of and trends in the society of the period, often inspired legislative solutions and certain policy choices. Thus, at the time of Confederation in 1867, the concept of religious neutrality implied primarily respect for Christian denominations. One

Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. [Je souligne.]

(*Big M*, p. 346-347)

Dans *S.L.*, par. 32, la juge Deschamps rappelle que la liberté de religion comprend celle de n'avoir aucune religion. En vertu des protections qu'offrent les chartes, les notions de « croyance » et de « religion » s'entendent tout autant de l'incroyance, de l'athéisme et de l'agnosticisme.

[71] Ni la *Charte québécoise* ni la *Charte canadienne* n'énoncent explicitement l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Cette obligation résulte de l'interprétation évolutive de la liberté de conscience et de religion. Je reprends les propos suivants du juge LeBel dans *Lafontaine*, où il décrit l'évolution de cette notion de neutralité religieuse (bien que dissident, la majorité ne le contredit pas sur ce point non plus) :

Cette neutralité est apparue au terme d'une longue évolution historique, commune à beaucoup de pays partageant aujourd'hui les traditions démocratiques occidentales. L'histoire du Canada constitue un exemple de cette expérience historique qui a permis de distendre, sinon de dissoudre les liens entre l'État et les Églises. Le Canada, comme on le sait, a connu des périodes d'union étroite des pouvoirs ecclésiastiques et civils. Les colons européens introduisirent au Canada la théorie politique voulant que l'ordre social repose sur une alliance intime entre l'État et une Église particulière, que le premier devait encourager sur son territoire. Ainsi, au cours de l'histoire de la Nouvelle-France, l'Église catholique a joui du statut de seule religion d'État. Après la Conquête et le Traité de Paris, l'Église anglicane est devenue juridiquement l'Église d'État, bien que les réalités sociales aient amené les gouvernements à reconnaître officiellement le statut et le rôle de l'Église catholique et des diverses confessions protestantes. Cette reconnaissance tantôt officielle, tantôt tacite, qui correspondait à la composition et aux orientations de la société de l'époque, inspira souvent les solutions législatives et certains choix politiques. Ainsi, au moment de la Confédération, en 1867, le concept de neutralité religieuse impliquait principalement le respect des

illustration of this can be seen in the constitutional rules relating to educational rights originally found, *inter alia*, in s. 93 of the *Constitution Act, 1867*.

Since then, the appearance and growing influence of new philosophical, political and legal theories on the organization and bases of civil society have gradually led to a dissociation of the functions of church and state; Canada's demographic evolution has also had an impact on this process, as have the urbanization and industrialization of the country. Although it has not excluded religions and churches from the realm of public debate, this evolution has led us to consider the practice of religion and the choices it implies to relate more to individuals' private lives or to voluntary associations (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2nd ed. 2003), at pp. 27 and 56). These societal changes have tended to create a clear distinction between churches and public authorities, placing the state under a duty of neutrality. Our Court has recognized this aspect of freedom of religion in its decisions, although it has in so doing not disregarded the various sources of our country's historical heritage. The concept of neutrality allows churches and their members to play an important role in the public space where societal debates take place, while the state acts as an essentially neutral intermediary in relations between the various denominations and between those denominations and civil society. [Emphasis added; paras. 66-67.]

[72] As LeBel J. noted, the evolution of Canadian society has given rise to a concept of neutrality according to which the state must not interfere in religion and beliefs. The state must instead remain neutral in this regard. This neutrality requires that the state neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief (*S.L.*, at para. 32). It requires that the state abstain from taking any position and thus avoid adhering to a particular belief.

[73] In "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, at p. 507, Professor R. Moon points out that a religious belief is more than an opinion. It is the lens through which people perceive and explain the world in which they live. It defines the moral framework that guides their conduct. Religion is an integral part of each person's identity.

confessions chrétiennes. Les règles constitutionnelles que l'on retrouvait notamment, à l'origine, dans l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* au sujet des droits scolaires illustrent cette réalité.

Depuis ce temps, l'apparition et l'influence croissante de nouvelles conceptions philosophiques, politiques et juridiques sur l'organisation et les bases de la société civile ont graduellement dissocié les fonctions des Églises et de l'État, comme d'ailleurs l'impact de l'évolution démographique du Canada ainsi que de son urbanisation et de son industrialisation. Sans exclure les religions et les Églises de la sphère des débats publics, cette évolution nous a amenés à situer davantage la vie religieuse et les choix qu'elle implique dans le domaine de la vie privée des individus ou des associations volontaires (M. H. Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada* (2e éd. 2003), p. 27 et 56). Ces changements sociaux tendent à créer une distinction nette entre les Églises et les autorités publiques, qui impose à celles-ci une obligation de neutralité. Sans faire abstraction des héritages historiques de notre pays, la jurisprudence de notre Cour reconnaît cet aspect de la liberté de religion. Cette conception de la neutralité laisse une place importante aux Églises et à leurs membres dans l'espace public où se déroulent les débats sociaux, mais voit dans l'État un acteur essentiellement neutre dans les rapports entre les diverses confessions et entre celles-ci et la société civile. [Je souligne; par. 66-67.]

[72] Comme l'indique le juge LeBel, l'évolution de la société canadienne a engendré une conception de la neutralité suivant laquelle l'État ne doit pas s'ingérer dans le domaine de la religion et des croyances. L'État doit plutôt demeurer neutre à cet égard. Cette neutralité exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance (*S.L.*, par. 32). Elle requiert de l'État qu'il s'abstienne de prendre position et évite ainsi d'adhérer à une croyance particulière.

[73] Dans « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 507, le professeur R. Moon fait observer qu'une croyance religieuse est plus qu'une opinion. Elle est le prisme à travers lequel une personne perçoit et explique la réalité qui l'entoure. Elle définit le cadre moral qui guide sa conduite. La religion est partie intégrante de

When the state adheres to a belief, it is not merely expressing an opinion on the subject. It is creating a hierarchy of beliefs and casting doubt on the value of those it does not share. It is also ranking the individuals who hold such beliefs:

> If religion is an aspect of the individual's identity, then when the state treats his or her religious practices or beliefs as less important or less true than the practices of others, or when it marginalizes her or his religious community in some way, it is not simply rejecting the individual's views and values, it is denying her or his equal worth. [Emphasis added; p. 507.]

[74] By expressing no preference, the state ensures that it preserves a neutral public space that is free of discrimination and in which true freedom to believe or not to believe is enjoyed by everyone equally, given that everyone is valued equally. I note that a neutral public space does not mean the homogenization of private players in that space. Neutrality is required of institutions and the state, not individuals (see *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at paras. 31 and 50-51). On the contrary, a neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity. The neutrality of the public space therefore helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society enshrined in s. 27 of the *Canadian Charter*. Section 27 requires that the state's duty of neutrality be interpreted not only in a manner consistent with the protective objectives of the *Canadian Charter*, but also with a view to promoting and enhancing diversity (*R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 95; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 757; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 758; *Big M*, at pp. 337-38; see also J. E. Magnet, "Multiculturalism and Collective Rights", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 1259, at p. 1265).

l'identité de chacun. Lorsque l'État adhère à une croyance, il ne fait pas qu'exprimer une opinion sur le sujet. Il hiérarchise les diverses croyances et remet en cause la valeur de celles qu'il ne partage pas. Il hiérarchise aussi les individus qui portent en eux ces croyances :

> [TRADUCTION] Si la religion est un aspect de l'identité d'une personne, il s'ensuit que, dans les cas où l'État traite les convictions ou les pratiques religieuses de cette personne d'une manière qui leur accorde une importance ou une vérité moins grandes qu'aux pratiques des autres personnes, ou encore lorsqu'il marginalise de quelque façon le groupe religieux auquel elle appartient, il ne fait pas simplement que rejeter les valeurs et les opinions de cette personne, il refuse de lui reconnaître une valeur égale [en tant qu'être humain]. [Je souligne; p. 507.]

[74] En n'exprimant aucune préférence, l'État s'assure de préserver un espace public neutre et sans discrimination à l'intérieur duquel tous bénéficient également d'une véritable liberté de croire ou ne pas croire, en ce que tous sont également valorisés. Je précise qu'un espace public neutre ne signifie pas l'homogénéisation des acteurs privés qui s'y trouvent. La neutralité est celle des institutions et de l'État, non celle des individus (voir *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 31 et 50-51). Un espace public neutre, libre de contraintes, de pressions et de jugements de la part des pouvoirs publics en matière de spiritualité, tend au contraire à protéger la liberté et la dignité de chacun. De ce fait, la neutralité de l'espace public favorise la préservation et la promotion du caractère multiculturel de la société canadienne que consacre l'art. 27 de la *Charte canadienne*. Cet article implique que l'interprétation du devoir de neutralité de l'État se fait non seulement en conformité avec les objectifs de protection de la *Charte canadienne*, mais également dans un but de promotion et d'amélioration de la diversité (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 95; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 757; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 758; *Big M*, p. 337-338; voir aussi J. E. Magnet, « Multiculturalism and Collective Rights », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4e éd. 2005), 1259, p. 1265).

[75] I would add that, in addition to its role in promoting diversity and multiculturalism, the state's duty of religious neutrality is based on a democratic imperative. The rights and freedoms set out in the *Quebec Charter* and the *Canadian Charter* reflect the pursuit of an ideal: a free and democratic society. This pursuit requires the state to encourage everyone to participate freely in public life regardless of their beliefs (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136; *Big M*, at p. 346; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 27; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at pp. 179 and 181-82; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326). The state may not act in such a way as to create a preferential public space that favours certain religious groups and is hostile to others. It follows that the state may not, by expressing its own religious preference, promote the participation of believers to the exclusion of non-believers or vice versa.

[76] When all is said and done, the state's duty to protect every person's freedom of conscience and religion means that it may not use its powers in such a way as to promote the participation of certain believers or non-believers in public life to the detriment of others. It is prohibited from adhering to one religion to the exclusion of all others. Section 3 of the *Quebec Charter* imposes a duty on the state to remain neutral in this regard. Today, the state's duty of neutrality has become a necessary consequence of enshrining the freedom of conscience and religion in the *Canadian Charter* and the *Quebec Charter*.

[77] The Tribunal was therefore correct in holding that the state's duty of neutrality means that a state authority cannot make use of its powers to promote or impose a religious belief (paras. 209-11). As for Gagnon J.A., although he was aware of these principles, to which he referred, he found that absolute state neutrality is not possible from a constitutional point of view (para. 68). In his opinion, absolute neutrality is contrary to the state's duty to preserve its history, including its multireligious heritage (para. 69). A society's cultural reality precludes an excessively radical conception of state neutrality (paras. 70 and 74). He considered the

[75] J'ajouterai que, en plus de promouvoir la diversité et le multiculturalisme, l'obligation de neutralité religieuse de l'État relève d'un impératif démocratique. Les droits et libertés énumérés dans les chartes québécoise et canadienne traduisent la poursuite d'un idéal : celui d'une société libre et démocratique. La poursuite de cet idéal requiert de l'État qu'il encourage la libre participation de tous à la vie publique, quelle que soit leur croyance (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136; *Big M*, p. 346; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 27; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179 et 181-182; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 326). L'État ne peut agir de façon à créer un espace public privilégié qui serait favorable à certains groupes religieux mais hostile à d'autres. Il s'ensuit que l'État ne peut non plus favoriser, par l'expression de sa propre préférence religieuse, la participation des croyants à l'exclusion des incroyants, et vice versa.

[76] Somme toute, en raison de l'obligation qu'il a de protéger la liberté de conscience et de religion de chacun, l'État ne peut utiliser ses pouvoirs d'une manière qui favoriserait la participation de certains croyants ou incroyants à la vie publique au détriment des autres. Il lui est interdit d'adhérer à une religion à l'exclusion des autres. L'article 3 de la *Charte québécoise* lui impose l'obligation de demeurer neutre sur ce plan. L'obligation de neutralité de l'État est devenue aujourd'hui une conséquence nécessaire de la consécration de la liberté de conscience et de religion dans la *Charte canadienne* et dans la *Charte québécoise*.

[77] Par conséquent, le Tribunal a correctement décidé en statuant que, en raison de son obligation de neutralité, une autorité étatique ne peut instrumentaliser ses pouvoirs afin de promouvoir ou d'imposer une croyance religieuse (par. 209-211). Pour sa part, tout en étant conscient de ces enseignements auxquels il renvoie, le juge Gagnon a estimé que la neutralité absolue de l'État n'est pas envisageable d'un point de vue constitutionnel (par. 68). À ses yeux, cela serait contraire au devoir de l'État relativement à la préservation de son histoire, dont son héritage multiconfessionnel (par. 69). La réalité culturelle d'une société empêcherait une conception

concept of [TRANSLATION] "benevolent neutrality" to be more appropriate to define the state's duty of religious neutrality (para. 76). It follows that the state's duty of neutrality does not go so far as to require complete secularity (para. 79).

[78] With respect, what is in issue here is not complete secularity, but true neutrality on the state's part and the discrimination that results from a violation of that neutrality. In this regard, contrary to what the Court of Appeal suggested, I do not think that the state's duty to remain neutral on questions relating to religion can be reconciled with a benevolence that would allow it to adhere to a religious belief. State neutrality means — and the Court of Appeal in fact agreed with this (at paras. 76 and 78) — that the state must neither encourage nor discourage any form of religious conviction whatsoever. If the state adheres to a form of religious expression under the guise of cultural or historical reality or heritage, it breaches its duty of neutrality. If that religious expression also creates a distinction, exclusion or preference that has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal recognition and exercise of freedom of conscience and religion, there is discrimination.

[79] In my opinion, this is where the problem lies. I will return to this after discussing how the state might breach this duty of neutrality and interfere in a discriminatory manner with freedom of conscience and religion.

(2) Interference by the State With Freedom of Conscience and Religion

[80] The state might interfere with freedom of conscience and religion by, for example, adopting a statute, regulations or a by-law, or it might do so where its officials, in performing their functions, engage in a practice that is in breach of its duty of neutrality. Both of these possibilities apply in the case of the violations of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* alleged by the appellants.

trop radicale de la neutralité de l'État (par. 70 et 74). Selon lui, la notion de « neutralité bienveillante » conviendrait mieux pour définir l'obligation de neutralité religieuse de l'État (par. 76). Il s'ensuivrait que l'obligation de neutralité de l'État ne va pas jusqu'à exiger l'imposition de la laïcité intégrale (par. 79).

[78] Avec égards, le présent débat ne porte pas sur la laïcité intégrale, mais bien sur la neutralité réelle de l'État et la discrimination qui résulte de son non-respect. À ce chapitre, contrairement à ce que suggère la Cour d'appel, je ne crois pas que l'obligation de l'État de demeurer neutre en matière religieuse soit conciliable avec une bienveillance qui lui permettrait d'adhérer à une croyance religieuse. La neutralité de l'État, comme en convient d'ailleurs la Cour d'appel (par. 76 et 78), impose à celui-ci de ne pas encourager ni décourager quelque forme de conviction religieuse que ce soit. Si, sous le couvert d'une réalité culturelle, historique ou patrimoniale, l'État adhère à une forme d'expression religieuse, il ne respecte pas son obligation de neutralité. Quand cette expression religieuse crée, en outre, une distinction, exclusion ou préférence qui a pour effet de détruire ou de compromettre le droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice de la liberté de conscience et de religion, une discrimination existe.

[79] À mon avis, c'est là que le bât blesse ici. J'y reviendrai après avoir rappelé comment l'État peut manquer à cette obligation de neutralité et porter atteinte, de façon discriminatoire, à la liberté de conscience et de religion.

(2) L'atteinte par l'État à la liberté de conscience et de religion

[80] L'État peut porter atteinte à la liberté de conscience et de religion notamment par l'adoption d'une loi ou d'un règlement, ou lorsque ses représentants, dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une pratique qui contrevient à son obligation de neutralité. Pour l'examen des allégations de violation des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* que soulèvent les appelants, ces deux éventualités sont pertinentes.

[81] A provision of a statute, of regulations or of a by-law will be inoperative if its purpose is religious and therefore cannot be reconciled with the state's duty of neutrality. The legislation, including its preamble, its structure and its evolution, as well as its context and the legislative debate, are all indicators that can be used to delineate the provision's purpose (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 274-87). The legislative objective cannot be to impose or favour, or to express or profess, one belief to the exclusion of all others. A typical example of a legislative breach of the duty of neutrality would be a situation in which the state enacted legislation whose purpose was to make the observance of a religious practice mandatory (see *Big M*).

[82] Although the rules for determining whether a provision of a statute, of regulations or of a by-law infringes freedom of conscience and religion are well established, this appeal does not relate strictly to a legislative provision. The respondents adopted the By-law to regulate the recitation of the prayer, but the complaint filed with the Commission was not limited to this. Moreover, the By-law was adopted after the complaint had been filed. The complaint also concerned a practice engaged in by the mayor and municipal councillors, namely the recitation of a prayer. Where the purpose of an impugned provision is to regulate a practice engaged in by state officials that is itself being challenged, the analysis of the provision must also take account of the practice it regulates.

[83] In a case like this one in which a complaint of discrimination based on religion concerns a state practice, the alleged breach of the duty of neutrality must be established by proving that the state is professing, adopting or favouring one belief to the exclusion of all others (*S.L.*, at para. 32) and that the exclusion has resulted in interference with the complainant's freedom of conscience and religion (see *Boisbriand*, at para. 85; *Bergevin*, at p. 538; *Forget*, at p. 98).

[84] First, because of the duty of religious neutrality with which it is required to comply, the state may not profess, adopt or favour one belief to the

[81] Une disposition législative ou réglementaire sera inopérante lorsque son objet est religieux, et donc inconciliable avec l'obligation de neutralité de l'État. Le texte de loi, incluant son préambule, sa structure et son évolution, mais aussi son contexte et les débats parlementaires, sont autant d'indices qui permettent de circonscrire cet objet (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 274-287). L'objectif législatif ne peut viser à imposer ou à favoriser, ou encore, à exprimer ou à professer une croyance à l'exclusion des autres. Un exemple typique de manquement législatif au devoir de neutralité est celui où l'État adopte une loi qui a pour objet de rendre obligatoire l'observance d'une pratique religieuse (voir *Big M*).

[82] Bien que les règles qui permettent de décider si une loi ou un règlement contrevient à la liberté de conscience et de religion soient bien établies, ce pourvoi ne porte pas strictement sur une disposition à caractère législatif. Si les intimés ont adopté le Règlement pour encadrer la récitation de la prière, la plainte déposée devant la Commission ne se limite pas à celui-ci. L'adoption du Règlement est d'ailleurs postérieure à la plainte. Celle-ci porte aussi sur l'exercice d'une pratique du maire et des conseillers municipaux, soit la récitation d'une prière. Lorsque la disposition attaquée vise à encadrer une pratique des représentants de l'État qui est elle aussi contestée, l'analyse de la disposition doit également tenir compte de la pratique qu'elle encadre.

[83] Dans une plainte de discrimination fondée sur la religion visant une pratique de l'État comme en l'espèce, le manquement reproché au devoir de neutralité exige la preuve que l'État professe, adopte ou favorise une croyance à l'exclusion des autres (*S.L.*, par. 32) et que l'exclusion engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant (voir *Boisbriand*, par. 85; *Bergevin*, p. 538; *Forget*, p. 98).

[84] En premier lieu, l'État ne peut, en raison de l'obligation de neutralité religieuse qui s'impose à lui, professer, adopter ou favoriser une croyance à

exclusion of all others. Obviously, the state itself cannot engage in a religious practice, so the practice would be one engaged in by one or more state officials, who would have to be acting in the performance of their functions. Where state officials, in the performance of their functions, profess, adopt or favour one belief to the exclusion of all others, the first two criteria for discrimination mentioned above, namely that there be an exclusion, distinction or preference and that it be based on religion, are met.

[85] Second, the state practice must have the effect of interfering with the individual's freedom of conscience and religion, that is, impeding the individual's ability to act in accordance with his or her beliefs. On the other hand, it is not the case that every burden on an individual's freedom, even the most insignificant, constitutes discriminatory interference:

> This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect or unintentional burdens will not be held to be outside the scope of *Charter* protection on that account alone. Section 2(*a*) does not require the legislatures to eliminate every miniscule state-imposed cost associated with the practice of religion. . . . The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(*a*) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial . . . . [Emphasis added.]

(*Edwards Books*, at p. 759)

[86] In *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at paras. 56-59, the Court developed a test for determining whether freedom of conscience and religion has been infringed. To conclude that an infringement has occurred, the court or tribunal must (1) be satisfied that the complainant's belief is sincere, and (2) find that the

l'exclusion des autres. Il est évident que l'État lui-même ne peut se livrer à une pratique religieuse; celle-ci doit donc être celle d'un ou plusieurs de ses représentants, dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs fonctions. Quand, dans l'exercice de leurs fonctions, les représentants de l'État professent, adoptent ou favorisent une croyance à l'exclusion des autres, les deux premiers critères de la discrimination mentionnés plus haut, soit l'existence d'une exclusion, distinction ou préférence fondée sur la religion, sont établis.

[85] En second lieu, la pratique de l'État doit avoir pour effet d'attenter à la liberté de conscience et de religion de l'individu, soit d'entraver sa capacité d'agir conformément à ses croyances. Par contre, ce ne sont pas toutes les entraves à la liberté d'un justiciable, aussi mineures soient-elles, qui se traduisent en atteintes discriminatoires :

> Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu'une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la *Charte*. L'alinéa 2*a*) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. [. . .] La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2*a*), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant . . . [Je souligne.]

(*Edwards Books*, p. 759)

[86] Dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 56-59, la Cour a élaboré une analyse pour déterminer l'existence ou non d'une atteinte à la liberté de conscience et de religion. Pour conclure qu'il existe une atteinte, le tribunal doit (1) être convaincu de la sincérité de la croyance du plaignant et (2) constater une

complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs has been interfered with in a manner that is more than trivial or insubstantial (see also *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607, at para. 67; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34). Such an infringement, where it arises from a distinction based on religion, impairs the right to full and equal exercise of freedom of conscience and religion (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 786-87; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at pp. 817-19). The result is discrimination that is contrary to that freedom and to the state's duty of religious neutrality that flows from it.

[87] This being said, it must be recognized that the Canadian cultural landscape includes many traditional and heritage practices that are religious in nature. Although it is clear that not all of these cultural expressions are in breach of the state's duty of neutrality, there is also no doubt that the state may not consciously make a profession of faith or act so as to adopt or favour one religious view at the expense of all others. In this regard, I note with interest a passage from the report of the Consultation Commission on Accommodation Practices Related to Cultural Differences (Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (2008)). The Quebec government had given this commission a mandate to study the question of religious accommodation in the Quebec context in 2007. In its report, the Commission urged that the following distinction be made:

> However, we must avoid maintaining practices that in point of fact identify the State with a religion, usually that of the majority, simply because they now seem to have only heritage value. [p. 152]

[88] Thus, it is essential to review the circumstances carefully. If they reveal an intention to profess, adopt or favour one belief to the exclusion of all others, and if the practice at issue interferes with

entrave plus qu'insignifiante ou négligeable à la capacité du plaignant à agir en conformité avec ses croyances (voir aussi *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607, par. 67; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34). L'existence d'une telle atteinte, lorsque celle-ci découle d'une distinction fondée sur la religion, compromet le droit à l'exercice, en pleine égalité, de la liberté de conscience et de religion (*Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 786-787; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 817-819). Il y a alors une discrimination contrevenant à cette liberté et au devoir de neutralité religieuse de l'État qui en découle.

[87] Cela dit, force est de reconnaître que l'on trouve dans le paysage culturel canadien de nombreuses pratiques traditionnelles et patrimoniales à caractère religieux. S'il est clair que ce ne sont pas toutes ces manifestations culturelles qui violent l'obligation de neutralité de l'État, il est également certain que l'État ne peut se livrer sciemment à une profession de foi ou agir de façon à adopter ou favoriser une perspective religieuse au détriment des autres. Sur ce point, je note avec intérêt un passage du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation* (2008). Le gouvernement du Québec a mandaté cette commission en 2007 pour étudier la question des accommodements religieux dans le contexte québécois. Dans son rapport, elle invite à faire la distinction suivante :

> Il faut cependant éviter que des pratiques qui constituent dans les faits une forme d'identification de l'État à une religion – la plupart du temps celle de la majorité – soient maintenues sous prétexte qu'elles ne comporteraient plus aujourd'hui qu'une valeur patrimoniale. [p. 152]

[88] Un examen attentif des circonstances est donc primordial. Lorsqu'elles dénotent une volonté de professer, d'adopter ou de favoriser une croyance à l'exclusion des autres, et que la pratique en litige

the freedom of conscience and religion of one or more individuals, it must be concluded that the state has breached its duty of religious neutrality. This is true regardless of whether the practice has a traditional character.

[89] Where, as in the instant case, the impugned practice is regulated by a legislative provision, however, it might be possible for the state to justify its discriminatory effect. Thus, where a provision of a statute, of regulations or of a by-law is in breach of the state's duty of neutrality in its effect, the state can invoke s. 9.1 of the *Quebec Charter*:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

[90] This section gives the state the possibility of showing that a provision that, in its effect, infringes an individual's freedom of conscience and religion constitutes a reasonable and justified limit on that freedom in a free and democratic society. This means that the criteria developed by the Court in interpreting s. 1 of the *Canadian Charter* apply to the interpretation of s. 9.1 (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 980; *Ford*, at pp. 769-71). The impugned provision must therefore satisfy the justification test enunciated in *Oakes*, which requires the state to prove on a balance of probabilities (1) that the legislative objective is of sufficient importance, in the sense that it relates to pressing and substantial concerns, and (2) that the means chosen to achieve the objective are proportional. This second requirement has three components: (i) the means chosen must be rationally connected to the objective; (ii) they must impair the right in question as little as possible; and (iii) they must not so severely trench on individual or group rights that the objective is outweighed by the seriousness of the intrusion (*Edwards Books*, at pp. 768-69).

[91] The foregoing comments will serve as a basis for determining whether the City and its mayor,

porte atteinte à la liberté de conscience et de religion d'un ou plusieurs individus, on doit conclure que l'État contrevient à son obligation de neutralité religieuse. Cette conclusion demeure peu importe le caractère traditionnel de la pratique.

[89] Par ailleurs, lorsque la pratique contestée est encadrée par une disposition à caractère législatif comme c'est le cas en l'espèce, l'État peut en justifier les effets discriminatoires. Ainsi, lorsqu'une loi ou un règlement contrevient, par ses effets, à l'obligation de neutralité de l'État, ce dernier peut invoquer l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

[90] Cet article 9.1 offre à l'État la possibilité de démontrer que la disposition dont les effets attentent à la liberté de conscience et de religion d'un individu constitue une limite raisonnable et justifiée à cette liberté dans le cadre d'une société libre et démocratique. En ce sens, l'article renvoie aux critères élaborés par la Cour dans son interprétation de l'article premier de la *Charte canadienne* (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 980; *Ford*, p. 769-771). La disposition contestée doit donc satisfaire aux critères de l'analyse justificative énoncée dans l'arrêt *Oakes*. Selon cette analyse, il incombe à l'État de démontrer, par une preuve prépondérante, que (1) l'objectif législatif est suffisamment important, c'est-à-dire qu'il se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, et (2) les moyens choisis pour le réaliser sont proportionnels. Ce deuxième critère exige la démonstration de trois éléments : (i) les moyens choisis ont un lien rationnel avec l'objectif; (ii) ils attentent le moins possible au droit en question; (iii) ils n'empiètent pas sur les droits individuels ou collectifs au point où l'objectif est supplanté par la gravité de l'empiétement (*Edwards Books*, p. 768-769).

[91] C'est sur la base de ces remarques que je me propose de déterminer si, par la récitation de la

by the recitation of the prayer and the adoption of the By-law, violated ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*.

(3) Application to the Facts

(a) *Positions of the Parties*

[92] The appellants submit that the Tribunal was right to find that the prayer at issue was a religious practice associated with Catholicism (paras. 229-38 and 244). In light of the wording of the prayer, of the preamble to the by-law in which it is set out, of the actions of the mayor and the councillors while it was recited, of the fact that there were religious symbols in the council chambers, and of the overall context, the appellants maintain, as did the Tribunal, that the prayer was eminently religious (paras. 239-44). They counter the respondents' expert evidence suggesting that the prayer had no religious significance by pointing to the Tribunal's conclusion that the evidence as a whole shows the opposite to be true. They add that a prayer, even a non-denominational one, is a religious practice that excludes atheists and agnostics.

[93] Moreover, the Tribunal noted the sincerity of Mr. Simoneau's atheism, as well as the discomfort and unpleasantness he felt and "the severe exclusionary and isolating impact" the respondents' practice had on him (para. 265). It also found that the prayer and the exhibiting of religious symbols constituted discriminatory interference with his freedom of conscience and religion (paras. 263-65 and 270). To the appellants, all these factors show that the Tribunal's decision with respect to the findings of fact that are central to the case and fall squarely within its area of expertise was reasonable.

[94] The respondents counter that the context must be disregarded, given that the appeal concerns only the prayer. In their opinion, the Court of Appeal was right to dissociate the prayer from the mayor's gestures and comments. The respondents state, relying on the Court of Appeal's findings on this point, that the prayer was non-denominational, could be identified with no particular religion and favoured none. The Court of Appeal preferred the

prière et l'adoption du Règlement, la Ville et son maire ont contrevenu aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*.

(3) Application aux faits

a) *Les positions de chacun*

[92] Les appelants plaident que le Tribunal a eu raison de conclure que la prière en cause est une pratique religieuse associée au catholicisme (par. 229-238 et 244). Compte tenu du texte de la prière, du préambule du Règlement qui l'encadre, du comportement du maire et des conseillers dans sa récitation, de la présence de symboles religieux dans les salles de délibérations et du contexte global, ils soutiennent, comme le Tribunal, que la prière est éminemment religieuse (par. 239-244). À la preuve d'expert des intimés qui suggérait que la prière n'a aucune signification religieuse, les appelants opposent la conclusion du Tribunal voulant que l'ensemble de la preuve révèle le contraire. Ils ajoutent qu'une prière, même non confessionnelle, demeure une pratique religieuse qui exclut les athées et les agnostiques.

[93] Par ailleurs, le Tribunal a noté la sincérité de l'athéisme de M. Simoneau, ainsi que le malaise et l'inconfort dont il souffre et « l'effet sévère d'exclusion et d'isolement » que lui cause la pratique des intimés (par. 265). Il a en outre conclu que la prière et l'exposition de symboles religieux portaient atteinte de façon discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau (par. 263-265 et 270). Pour les appelants, tout cela témoigne du caractère raisonnable de la décision du Tribunal sur les questions factuelles centrales du litige qui se situent au cœur de son expertise.

[94] Les intimés rétorquent que l'on doit faire abstraction du contexte, car le pourvoi ne porte que sur la prière. À leur avis, la Cour d'appel a à juste titre dissocié la prière des agissements et des paroles du maire. S'appuyant sur les conclusions de la Cour d'appel sur cet aspect, les intimés affirment que la prière est non confessionnelle, ne s'identifie à aucune religion particulière et n'en favorise aucune. Préférant l'opinion des experts des intimés, la

opinion of the respondents' experts, finding that "the values expressed by the prayer at issue are universal and cannot be identified with any particular religion" (para. 88). It rejected the argument that a prayer excludes atheists and agnostics even if it is non-denominational (paras. 97 et seq.). In the court's view, it could not be concluded that "the City's [state] activities were, because of this prayer, under any particular religious influence" (para. 107).

[95] At the hearing in this Court, on the other hand, the respondents conceded that even a non-denominational prayer is religious in nature. They nevertheless submit that to prevent the City from expressing its belief would be to give atheism and agnosticism precedence over religions. They add that a religious prayer is valid because the theism of the Canadian state is entrenched in the Constitution by the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter*. They also point out that the prayer in the By-law is copied from the one recited by the Speaker of the House of Commons before that body commences its meetings. The respondents argue that, given that the City's prayer can in no way be said to have coerced Mr. Simoneau to do anything, any interference was at most trivial and insubstantial. That is what the Court of Appeal held (para. 115). Given that there was no appreciable interference, there was no discrimination, and at any rate, the alleged injury was non-existent (paras. 129, 132 and 136).

(b) *Analysis of the Relevant Evidence*

[96] On the evidence in the record, I find that it was reasonable for the Tribunal to conclude that the City's prayer is in fact a practice of a religious nature. Once the Tribunal had established the scope of the state's duty of neutrality in relation to freedom of conscience and religion, whether the practice and the By-law were religious in nature was a question of fact that fell squarely within its jurisdiction. Its decision on this point was supported by reasons that were both extensive and intelligible. The Court of Appeal was required to show deference and could not therefore substitute its own opinion on the facts for that of the expert decision-maker.

Cour d'appel a conclu que « les valeurs exprimées par la prière litigieuse sont universelles et qu'elles ne s'identifient à aucune religion en particulier » (par. 88). Elle a rejeté l'argument voulant qu'une prière, même non confessionnelle, exclue les athées et les agnostiques (par. 97 et suiv.). À ses yeux, l'on ne saurait conclure que « l'activité étatique de la Ville, du fait de cette prière, était sous une influence religieuse particulière » (par. 107).

[95] À l'audience devant notre Cour, les intimés ont par contre reconnu que la prière, même non confessionnelle, est de nature religieuse. Ils avancent néanmoins qu'empêcher la Ville d'exprimer sa croyance ferait prévaloir l'athéisme et l'agnosticisme sur les religions. En outre, une prière religieuse serait valide selon eux, puisque le théisme de l'État canadien aurait été constitutionnalisé par la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne*. Ils précisent que la prière du Règlement est de plus calquée sur celle récitée par le Président avant l'ouverture des séances de délibérations de la Chambre des communes. Comme la prière de la Ville n'a, à tous égards, aucun effet coercitif sur M. Simoneau, l'entrave subie est au mieux insignifiante et négligeable selon les intimés. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel (par. 115). Vu l'absence d'entrave appréciable, la discrimination serait absente, sans compter que le préjudice allégué serait de toute façon inexistant (par. 129, 132 et 136).

b) *L'analyse de la preuve pertinente*

[96] Eu égard à la preuve au dossier, je considère que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que la prière de la Ville est en réalité une pratique dont le caractère est religieux. Une fois dégagés les contours de l'obligation de neutralité de l'État en matière de liberté de conscience et de religion, statuer sur le caractère religieux de la pratique et du Règlement restait une question de fait au cœur de la compétence du Tribunal. Sa décision sur ce point est étayée par des motifs étoffés et intelligibles. La déférence due par la Cour d'appel commandait qu'elle ne substitue pas son opinion sur les faits à celle du décideur spécialisé.

(i) Context

[97] The background facts, which the Tribunal reviewed in detail, support the conclusion that the practice challenged by the appellants is religious in nature. I cannot accept the respondents' argument that the circumstances must be disregarded. In fact, the prayer has no meaning in this case unless it is recited by state officials. The actions of the mayor and the councillors and the context of the recitation of the prayer are at the heart of the appeal. I will consider four determinative aspects of this context that the Tribunal stressed in its decision.

[98] First, the City was created in 2002 by amalgamating seven municipalities. Before the amalgamation, it was only in some of these municipalities that a prayer was recited before municipal council meetings. And in the City itself, the practice was implemented only in 2002. Thus, the "tradition" on which it is supposedly based is a fairly recent one and is not as significant as the Court of Appeal suggests.

[99] Second, no by-law governed the prayer between 2002 and November 2008. The practice is one established by the municipal council and its mayor. The words of the original prayer were clearly identified with religion and with Catholicism. That prayer began [TRANSLATION] "[o] God, eternal and almighty" and acknowledged the presence of the divine being at the meeting. Those who recited it beseeched God to grant them the "enlightenment and energy necessary" to ensure that their deliberations would "promote the honour and the glory" of God. They attributed the "prosperity" as well as the "spiritual and material [well-being] of [the] city" to God. The prayer concluded with the word "[a]men".

[100] Third, although the wording was modified somewhat by the By-law as of 2008, the new wording changed neither the nature nor the substance of the prayer. Both wordings constituted an invocation to God, attributing benefits enjoyed by the City and its citizens to him, and asking him to guide the council's deliberations. Although the preamble to the By-law indicates that the By-law's purpose is

(i) Le contexte

[97] Le contexte factuel qu'a examiné en détail le Tribunal appuie sa conclusion suivant laquelle le caractère de la pratique contestée par les appelants est religieux. J'écarte l'argument des intimés voulant que l'on doive faire abstraction des circonstances. De fait, la prière n'a de sens en l'espèce que si elle est récitée par les représentants de l'État. Les agissements du maire et des conseillers et le contexte de la récitation de la prière sont au cœur du pourvoi. Je retiens quatre éléments décisifs de ce contexte sur lesquels le Tribunal insiste dans sa décision.

[98] Premièrement, la Ville est créée en 2002 par suite de la fusion de sept municipalités. Avant cette fusion, la récitation d'une prière au début des séances du conseil municipal n'avait lieu que dans certaines de ces municipalités. Pour la Ville par contre, la pratique n'est instaurée qu'en 2002. La « tradition » dont elle se réclame est plutôt récente. Elle n'a pas l'importance que la Cour d'appel lui attribue.

[99] Deuxièmement, de 2002 à novembre 2008, aucun règlement n'encadre la prière. Il s'agit d'une pratique du conseil municipal et de son maire. Le texte de cette prière initiale est clairement identifié à la religion et au catholicisme. La prière débute par « [ô] Dieu, éternel et tout puissant » et reconnaît la présence de l'être divin durant la séance. Ceux qui la récitent supplient Dieu de leur accorder la « lumière et l'énergie nécessaires », de façon à ce que les délibérations « soient destinées à promouvoir l'honneur et la gloire » de Dieu. On attribue à ce dernier la « prospérité », de même que le « bonheur spirituel et matériel de [la] ville ». La prière se termine par « [a]insi soit-il ».

[100] Troisièmement, bien que le Règlement en modifie quelque peu le libellé à compter de 2008, cela ne change ni la nature ni la substance de la prière. Il s'agit dans les deux cas d'une invocation à Dieu, lui attribuant les bénéfices accordés à la Ville et à ses citoyens, et lui demandant d'influencer les délibérations du conseil. Si le préambule du Règlement indique que celui-ci vise à « assurer le

to [TRANSLATION] "ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors", it stresses above all the objective of continuing the tradition of reciting the prayer in accordance with the wish of the council's members "to pursue it on the basis of their individual rights and freedoms, in particular their rights to freedom of expression, conscience and religion". These recitals from the preamble show that the prayer was intended as support by the City for the religion professed by individual councillors.

[101] It is true that, unlike the practice from before the By-law was adopted, the one provided for in the By-law included a period of two minutes between the end of the prayer and the official opening of the meeting. This time would enable citizens who did not want to attend the recitation of the prayer to leave the chamber and to re-enter it only after the prayer had been completed. This solution adopted by the council of inviting citizens to physically leave the chamber for the duration of the prayer highlights the exclusive effect of the practice. Rather than limiting the religious nature of the By-law, the possibility so afforded accentuated it.

[102] Fourth, and lastly, the recitation of the prayer involved a ritual that reveals its true nature. At the start of every public meeting of the municipal council, its members entered the chamber one at a time as their names were called. The mayor and councillors then stood for the recitation of the prayer. The mayor and several councillors made the sign of the cross while the mayor said, speaking into the microphone, [TRANSLATION] "[i]n the name of the Father, the Son and the Holy Spirit". He then recited the prayer, which ended with the same words, plus the word "[a]men". This was done before the adoption of the By-law and continued to be done in the same way after it was adopted.

(ii) Expert Evidence

[103] In addition to this evidence regarding the context, on which the principal players, Mr. Simoneau and the mayor, testified at length, the Tribunal heard three experts — Solange Lefebvre and Gilles Bibeau

décorum et l'importance du travail des conseillers », il souligne surtout l'objectif de perpétuer la tradition consistant à réciter la prière, et ce, conformément au désir des membres du conseil de « la poursuivre en fonction de leurs droits et libertés individuelles, notamment la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion ». Ces attendus montrent que la prière se veut un appui de la Ville à la religion que préconisent individuellement les membres du conseil.

[101] Il est vrai que, à la différence de la pratique antérieure à l'adoption du Règlement, ce dernier prévoit une période de deux minutes entre la fin de la prière et l'ouverture officielle de la séance de délibération. Ce délai vise à permettre aux citoyens qui ne veulent pas assister à la prière de se retirer de la salle et de ne revenir qu'une fois celle-ci terminée. Cette solution qu'a adoptée le conseil, c'est-à-dire inviter les citoyens à quitter physiquement la salle le temps de la prière, fait ressortir l'effet d'exclusion de la pratique. Cette possibilité n'atténue pas le caractère religieux du Règlement, mais au contraire l'accentue.

[102] Enfin, quatrièmement, la récitation de la prière suit un rituel révélateur de son caractère véritable. Au début de chaque séance publique du conseil municipal, ses membres font leur entrée dans la salle suivant l'appel de leur nom respectif. Le maire et les conseillers de la Ville se tiennent ensuite debout pour la récitation de la prière. Le maire et plusieurs conseillers font un signe de croix pendant que le premier prononce au micro la formule « [a]u nom du Père, du Fils et du Saint-Esprit ». Il récite ensuite la prière, qui se termine par la même formule, en plus du mot « [a]men ». Ce comportement, qui avait cours avant l'adoption du Règlement, est demeuré le même par la suite.

(ii) La preuve d'expert

[103] Hormis ce contexte, sur lequel ont longuement témoigné les acteurs principaux, M. Simoneau et le maire, le Tribunal a entendu trois experts sur la portée et la nature religieuse de la prière : Solange

for the respondents, and Daniel Baril for the appellants — on the religious significance and nature of the prayer. The Tribunal ultimately found that Mr. Baril's testimony was most consistent with the evidence as a whole as regards the [TRANSLATION] "religious [significance] of the prayer" (para. 240).

[104] In the Court of Appeal's view, the Tribunal had erred in choosing [TRANSLATION] "to purely and simply adhere to [Mr. Baril's] opinion" (para. 45). Gagnon J.A. stated that the Tribunal had failed to assess this expert's credibility although there were a number of reasons why his independence and impartiality might be open to question, including the fact that he was an advocate for secularization of the state. Gagnon J.A. also noted Mr. Baril's ties with the MLQ, of which he was a co-founder and a member. Because of this relationship with a party and of the stands Mr. Baril had taken in the past, Gagnon J.A. found that he "does not meet the requirements of objectivity and impartiality that are indispensable to the status of expert" (para. 50). Gagnon J.A. criticized the Tribunal for having failed to undertake "a review of the grounds for disqualification of the witness Baril" (para. 54), whom he considered, ultimately, "not qualified" to testify (para. 52). In his view, "[a] well-informed person, aware of the duty of impartiality that must animate any expert called to appear before a court, would easily agree that the witness Baril lacked the necessary [distance] to act in this case" (para. 51). In sum, the Tribunal had erred in qualifying Mr. Baril as an expert (para. 54). In the Court of Appeal's view, it must intervene if a palpable and overriding error has been made in assessing the probative value of the expert's opinion (paras. 49, 50 and 54).

[105] In my opinion, the Court of Appeal should not have intervened in this regard. The qualification of an expert and the assessment of the probative value of his or her testimony or opinion are evidentiary issues that require deference, especially given that s. 123 of the *Quebec Charter* confers considerable flexibility on the Tribunal in such matters. It is not open to a reviewing court to carry out its own assessment of the probative value of an expert's testimony or opinions simply because it disagrees with the Tribunal's assessment.

Lefebvre et Gilles Bibeau pour les intimés; Daniel Baril pour les appelants. Au bout du compte, le Tribunal a estimé que le témoignage de M. Baril était le plus cohérent avec l'ensemble de la preuve, laquelle démontre la « portée religieuse de la prière » (par. 240).

[104] La Cour d'appel reproche au Tribunal d'avoir choisi « d'adhérer purement et simplement à [la] théorie » de M. Baril (par. 45). Selon le juge Gagnon, le Tribunal a omis d'évaluer la crédibilité de cet expert, alors que plusieurs éléments permettaient de questionner son indépendance et son impartialité, notamment le militantisme de M. Baril en faveur de la laïcité de l'État. Le juge Gagnon souligne aussi les liens de ce dernier avec le MLQ, dont il est cofondateur et membre. En raison de ce lien avec une partie et de ses prises de position antérieures, il conclut que M. Baril « ne répond pas aux exigences d'objectivité et d'impartialité indispensables au statut d'expert » (par. 50). Le juge Gagnon critique le Tribunal pour son omission de se livrer « à l'étude des causes de récusation du témoin Baril » (par. 54), qu'il considère en définitive « inhabile » à témoigner (par. 52). À son avis, « [u]ne personne bien renseignée, consciente de l'obligation d'impartialité qui doit animer tout expert appelé à se présenter devant un tribunal, conviendrait aisément que le témoin Baril n'avait pas le recul nécessaire pour agir dans cette affaire » (par. 51). En somme, le Tribunal aurait commis une erreur en reconnaissant à M. Baril la qualité d'expert (par. 54). Pour la cour, une intervention s'impose s'il y a erreur manifeste et déterminante dans l'appréciation de la valeur probante de l'opinion de l'expert (par. 49, 50 et 54).

[105] J'estime que la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir sur ce point. La qualification d'un expert et l'appréciation de la valeur probante de son témoignage ou de son opinion sont des questions de preuve qui commandent la déférence, d'autant plus que l'art. 123 de la *Charte québécoise* accorde au Tribunal une grande flexibilité en la matière. Il ne suffit pas que la cour de révision soit en désaccord avec la valeur probante que le Tribunal accorde aux témoignages ou opinions d'un expert pour être justifiée d'y substituer sa propre appréciation.

[106] I agree that the independence and impartiality of an expert are very important factors. It is well established that an expert's opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchard, with the collaboration of J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert's opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily "disqualify" the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert's lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, at pp. 598-99). A challenge to a trial judge's decision to qualify an expert witness, like a challenge to a finding that the expert is independent and impartial, requires consideration of, *inter alia*, the substance of the expert's opinion.

[107] In the instant case, even though the Tribunal did not discuss Mr. Baril's independence and impartiality in detail, it was very aware of his relationship with the MLQ and of his views with respect to secularism, as can be seen from the following comments:

> [TRANSLATION] Mr. Baril is one of the founders of the Mouvement laïque québécois, of which he was president. At the time of the trial, he was its vice-president. He described himself as[, among other things,] an activist for secularism, which he defined on the basis of two principles: freedom of conscience and the separation of church and state. [para. 178]

[106] L'indépendance et l'impartialité d'un expert sont des facteurs certes importants, j'en conviens. Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), no 468; D. Béchard, avec la collaboration de J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l'admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4e éd. 2010), nos 590-591 et 605). Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, p. 598-599). La remise en question de la décision d'un juge d'instance de reconnaître à un témoin la qualité d'expert, comme celle de le juger indépendant et impartial, exige notamment la prise en compte de la substance de l'opinion offerte.

[107] En l'espèce, si le Tribunal ne traite pas en détail de l'indépendance et de l'impartialité de M. Baril, il est toutefois bien conscient des liens de celui-ci avec le MLQ et de ses opinions sur la laïcité, comme en font foi les observations suivantes :

> Monsieur Baril est l'un des fondateurs du Mouvement laïque québécois, dont il a été président. Au moment du procès, il en est vice-président. Il se décrit comme étant notamment un militant pour la laïcité qu'il définit sur la base de deux principes : la liberté de conscience et la séparation de l'Église et de l'État. [par. 178]

I cannot therefore conclude that the Tribunal disregarded either this relationship between the expert and the party or the expert's general views with respect to secularism. It knew about them. I should add that a relationship between an expert and a party does not automatically disqualify the expert in every case.

[108] Furthermore, the assertion that the Tribunal adhered "purely and simply" to Mr. Baril's opinion is inaccurate. On the contrary, the Tribunal discussed the substance of the testimony of the three experts at length. It was only after doing so that it decided to accept Mr. Baril's testimony. It made this choice having regard in particular to the totality of the context I described above, about which the respondents' experts had little to say. As for the Court of Appeal, it referred only briefly to the substance of Mr. Baril's opinion in discussing the exact nature of the prayer. It described his vision of state secularism as "absolutism" (at paras. 81-82), then rejected his testimony and adopted the position of the respondents' experts. Their testimony, which it described as a significant contribution to the debate, led the court to conclude that the values expressed in the prayer at issue are universal and belong to no religion in particular (paras. 83 and 88).

[109] With respect, I find, in light of this analysis and of the evidence as a whole, that the Tribunal's conclusions on the issues of qualifying Mr. Baril as an expert and of the probative value of his opinion were not unreasonable. It was not open to the Court of Appeal to reverse them as it did.

[110] I wish to add two comments. First, on the disqualification issue, Gagnon J.A. referred to arts. 234 and 417 *C.C.P.* Those articles apply only to judges and to court-appointed experts, respectively. The grounds for recusation set out in them do not apply to experts proposed by the parties (Ducharme and Panaccio, at Nos. 1304 and 1334). The criteria applied where bias or the appearance of bias on the part of a judge is at issue differ from those applicable to actual bias on the part of a party's expert. The rigour that is in order in the former case does not apply in the latter.

Je ne peux en conclure que le Tribunal a fait abstraction de ce lien entre l'expert et la partie ou de l'opinion générale du premier en matière de laïcité. Il est au fait de cette réalité. Je précise que le lien entre un expert et une partie ne le rend pas automatiquement inhabile dans chaque cas.

[108] Par ailleurs, il est inexact d'affirmer que le Tribunal adhère « purement et simplement » à l'opinion de M. Baril. Au contraire, dans sa décision, le Tribunal s'arrête longuement sur la substance du témoignage des trois experts. Ce n'est qu'au terme de cet examen qu'il décide de retenir celui de M. Baril. Il fait ce choix au regard notamment de l'ensemble du contexte que j'ai déjà décrit et sur lequel les experts des intimés s'attardent peu. Pour sa part, dans son examen de la nature exacte de la prière, la Cour d'appel ne discute que sommairement de la substance de l'opinion de M. Baril. Elle dénonce sa vision « absolutiste » de la laïcité de l'État (par. 81-82), avant d'écarter son témoignage et d'adopter le point de vue des experts des intimés. Leur témoignage respectif, qu'elle qualifie de contribution significative au débat, amène la cour à conclure que les valeurs exprimées par la prière litigieuse sont universelles et n'appartiennent à aucune religion particulière (par. 83 et 88).

[109] Avec égards, compte tenu de cette analyse et de l'ensemble de la preuve, les conclusions du Tribunal sur la qualité de l'expert Baril pour témoigner et sur la valeur probante de son opinion ne m'apparaissent pas déraisonnables. La Cour d'appel ne pouvait les écarter comme elle l'a fait.

[110] J'ajouterai deux remarques. D'abord, sur la question de la récusation, le juge Gagnon renvoie aux art. 234 et 417 *C.p.c.* Ceux-ci ne s'appliquent respectivement qu'aux juges et aux experts nommés par un tribunal. Les causes de récusation qui s'y trouvent ne visent pas les experts proposés par les parties (Ducharme et Panaccio, n^{os} 1304 et 1334). La partialité réelle ou apparente d'un juge s'apprécie au regard de critères différents de ceux qui régissent la partialité réelle de l'expert d'une partie. La rigueur qui s'applique au premier n'est pas la même.

[111] Second, the entire discussion on Mr. Baril's opinion with respect to state secularism, which the Court of Appeal stressed in its reasons, actually missed the point. The expert evidence of Mr. Baril and of the respondents' witnesses was relevant only to the determination of whether the prayer at issue was religious in nature. And that is exactly what the Tribunal used it for. Mr. Baril's opinion regarding the role of the state in religious matters goes to the definition of the state's duty of neutrality. That is a question of law that is within the jurisdiction of the courts. It is distinct from the expert's views on the religious nature and discriminatory effect of the prayer.

(iii) The Alleged Discrimination

[112] In light of the context and the evidence discussed above, the Tribunal concluded that there had been discriminatory interference with Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion for the purposes of ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter*. But the Court of Appeal found that Mr. Simoneau had not been treated unfairly in relation to other citizens who attended the council meetings (para. 131). Gagnon J.A. wrote [TRANSLATION] "that it has not been shown that Simoneau was the subject of a distinction in violation of the principles of substantive equality" (para. 130). He added that, "[i]n any event, the demonstration of harm is non-existent here" (para. 130).

1. *Exclusion Based on Religion*

[113] The Court of Appeal could not disregard the Tribunal's findings of fact regarding the existence of an exclusion based on religion unless they could be held to be unreasonable. The evidence does not support such a result. The deference the court owed precluded it from intervening rashly in this regard. In my opinion, it was open to the Tribunal to conclude that the municipality's practice, given its religious nature, was in breach of the state's duty of neutrality and resulted in an exclusion based on religion. The evidence shows that state officials, while performing their functions, engaged in a practice according to which the state professed, adopted or favoured one belief to the exclusion of all others. In

[111] Ensuite, toute la discussion au sujet de l'opinion de M. Baril concernant la laïcité de l'État et sur laquelle la Cour d'appel insiste constituait en réalité un faux débat. L'expertise de M. Baril et des témoins des intimés n'avait de pertinence qu'à l'égard de la détermination du caractère religieux ou non de la prière en litige. C'est précisément à cette fin que le Tribunal la considère. L'avis de M. Baril sur le rôle de l'État en matière religieuse se rapporte aux contours de l'obligation de neutralité de l'État. Il s'agit d'une question de droit qu'il appartient aux tribunaux d'élucider. Elle se distingue de l'opinion de l'expert sur le caractère religieux et les effets discriminatoires de la prière.

(iii) La discrimination reprochée

[112] Devant ce contexte et cette preuve, le Tribunal a conclu à une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau au sens des art. 3 et 10 de la *Charte québécoise*. À l'inverse, la Cour d'appel a estimé que M. Simoneau n'est pas désavantagé par rapport aux autres citoyens qui assistent aux séances du conseil (par. 131). Le juge Gagnon écrit « qu'il n'a pas été démontré que M. Simoneau a été l'objet d'une distinction contrevenant aux principes de l'égalité réelle » (par. 130). Il ajoute que, de « toute manière, la démonstration d'un préjudice est ici inexistante » (par. 130).

1. *L'exclusion fondée sur la religion*

[113] La Cour d'appel ne pouvait écarter les conclusions factuelles du Tribunal sur l'existence d'une exclusion fondée sur la religion que si elles pouvaient être qualifiées de déraisonnables. À la lumière de la preuve administrée, ce ne saurait être le cas. La déférence imposait de ne pas intervenir à la légère à ce sujet. À mon avis, le Tribunal pouvait conclure que, vu son caractère religieux, la pratique de la municipalité contrevient au devoir de neutralité de l'État et engendre une exclusion fondée sur la religion. La preuve établit que les représentants de l'État, pendant qu'ils sont dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une pratique par laquelle l'État professe, adopte et préfère

S.L., this Court wrote that a neutral state must show respect for all beliefs and that this includes the right to have no beliefs. The adoption of a practice and of a by-law by which the state professes, and thereby favours, a particular religion cannot be reconciled with that principle.

[114] The prayer was recited by the mayor and by municipal councillors at public meetings of the municipal council. There is no question that they were performing their functions at the time. The evidence also shows that the practice had a religious purpose. This was the finding of fact made by the Tribunal, which held that, given the religious nature of the practice, the City was displaying, conveying and favouring one belief to the exclusion of all others (para. 250). The Court of Appeal's assertion (at para. 128) that the City was not under the influence of a religion or that it was not trying to impose its faith was in direct conflict with this finding, which, however, was far from unreasonable.

[115] On this point, I note that the Court of Appeal stressed that the state's duty of neutrality does not require the elimination of every allusion to [TRANSLATION] "a society's historical points of reference" (para. 98). It held that neutrality does not preclude "historical manifestations of the religious dimension of Quebec society, which, when viewed with proper perspective, cannot have the effect of undermining the neutrality of the various branches of the State" (para. 104). It considered the prayer to be one of a number of "mere references to religious heritage" (para. 107).

[116] I concede that the state's duty of neutrality does not require it to abstain from celebrating and preserving its religious heritage. But that cannot justify the state engaging in a discriminatory practice for religious purposes, which is what happened in the case of the City's prayer. The mayor's public declarations are revealing of the true function of the council's practice:

[TRANSLATION] I'm in this battle because I worship Christ.

When I get to the hereafter, I'm going to be able to be a little proud. I'll be able to say to Him: "I fought for You;

une croyance à l'exclusion des autres. Dans *S.L.*, la Cour écrit qu'un État neutre doit respecter toutes les croyances, y compris le droit de n'en avoir aucune. Le fait d'adopter une pratique et un règlement par lesquels l'État professe, et ainsi favorise, une religion particulière est inconciliable avec cet énoncé.

[114] La prière est récitée par le maire et les conseillers municipaux lors des séances publiques du conseil municipal. Il ne fait aucun doute qu'ils sont alors dans l'exercice de leurs fonctions. La preuve fait aussi ressortir la finalité religieuse de la démarche. C'est la conclusion de fait qu'en tire le Tribunal. Compte tenu du caractère religieux de la pratique, il a jugé que la Ville affiche, véhicule et favorise une croyance à l'exclusion des autres (par. 250). L'affirmation de la Cour d'appel (par. 128) voulant que la Ville ne soit pas sous influence religieuse ou qu'elle ne tente pas d'imposer sa foi contredit directement cette conclusion, qui est pourtant loin d'être déraisonnable.

[115] Sous ce rapport, je constate que la Cour d'appel insiste sur le fait que le devoir de neutralité de l'État n'exige pas qu'il élimine toute référence aux « repères historiques d'une société » (par. 98). Elle juge que la neutralité n'empêche pas les « manifestations historiques de la dimension religieuse de la société québécoise qui, lorsque replacées dans une juste perspective, ne peuvent avoir pour effet de compromettre la neutralité des différents appareils de l'État » (par. 104). Elle soutient que la prière s'inscrit parmi de « simples références au patrimoine religieux » (par. 107).

[116] Je concède que le devoir de neutralité de l'État ne l'oblige pas à s'interdire de célébrer et de préserver son patrimoine religieux. Cependant, cela ne saurait l'excuser d'instrumentaliser une pratique discriminatoire à des fins religieuses. C'est ce qui caractérise la prière de la Ville. Les déclarations publiques du maire sont révélatrices de la fonction véritable de la pratique du conseil :

Ce combat-là, je le fais parce que j'adore le Christ.

Quand je vais arriver de l'autre bord, je vais pouvoir être un peu orgueilleux. Je vais pouvoir lui dire : « Je me suis

I even went to trial for You". There's no better argument. It's extraordinary.

I'm in this fight because I worship Christ. I want to go to heaven and it is the most noble fight of my entire life. [Emphasis deleted.]

(Tribunal's reasons, at para. 88)

[117] At the Tribunal's hearing, the mayor went back to these comments and added the following:

[TRANSLATION] I said those things. It's true we place much emphasis on that because we have faith. And because we want to show it. The entire municipal council is behind me. Of course, it isn't a strictly personal fight. It's the whole municipal council. I am mandated. Because I have faith and, in my opinion, that's the most important value of all those I can have. [Emphasis added; para. 90.]

[118] These comments confirm that the recitation of the prayer at the council's meetings was above all else a use by the council of public powers to manifest and profess one religion to the exclusion of all others. It was much more than the simple expression of a cultural tradition. It was a practice by which the state actively, and with full knowledge of what it was doing, professed a theistic faith. What the respondents are defending is not a tradition, but the municipality's right to manifest its own faith. A sure sign of this is the respondents' statement in this Court that the appellants were attempting to prevent the municipality [TRANSLATION] "from expressing its belief" (R.F., at para. 116). In my opinion, nothing could conflict more with the state's duty of neutrality. Tradition cannot be used to justify such a use of public powers.

[119] I repeat that what is at issue here is the state's adherence, through its officials acting in the performance of their functions, to a religious belief. The state, I should point out, does not have a freedom to believe or to manifest a belief; compliance with its duty of neutrality does not entail a reconciliation of rights. On the other hand, it goes without saying that the same restrictions do not apply to the

battu pour vous; je suis même allé en procès pour vous ». Il n'y a pas de plus bel argument. C'est extraordinaire.

Ce combat-là, je le fais parce que j'adore le Christ, je veux aller au ciel et c'est le plus noble combat de toute ma vie. [Italique omis.]

(Motifs du Tribunal, par. 88)

[117] Devant le Tribunal, le maire revient sur ces propos et ajoute :

Ce sont des choses que j'ai dites. Effectivement, si on insiste autant sur ça, c'est parce qu'on a la foi. C'est parce qu'on veut le manifester. C'est tout le conseil municipal qui est derrière moi. C'est bien entendu que ce n'est pas un combat strictement personnel. C'est tout le conseil municipal. Je suis mandaté. C'est parce que j'ai la foi et pour moi c'est la valeur la plus importante de toutes les valeurs que je peux avoir. [Je souligne; par. 90.]

[118] Ces commentaires confirment que la récitation de la prière aux séances du conseil constitue avant tout une utilisation des pouvoirs publics par le conseil dans le but de manifester et de professer une religion à l'exclusion des autres. La prière représente bien plus que la simple expression d'une tradition culturelle. Il s'agit d'une pratique par laquelle l'État professe activement et en toute connaissance de cause une foi théiste. Ce que défendent les intimés n'est pas une tradition, mais plutôt le droit de la municipalité de manifester sa propre foi. À preuve, devant notre Cour, les intimés dénoncent la tentative des appelants d'empêcher la municipalité « d'exprimer sa croyance » (m.i., par. 116). Rien ne m'apparaît plus en contradiction avec le devoir de neutralité de l'État. Une telle instrumentalisation des pouvoirs publics ne saurait être justifiée par la tradition.

[119] Je réitère qu'il est ici question de l'adhésion de l'État, par l'entremise de ses représentants agissant dans l'exercice de leurs fonctions, à une croyance religieuse. L'État, faut-il le préciser, n'a pas de liberté de croire ou de manifester une croyance; le respect de son obligation de neutralité n'implique pas d'exercice de conciliation des droits. Par contre, il va de soi que les représentants de l'État, lorsqu'ils

exercise by state officials of their own freedom of conscience and religion when they are not acting in an official capacity. Although they are not entitled to use public powers to profess their beliefs, this does not affect their right to exercise this freedom on a personal basis.

2. *The Impairment of Mr. Simoneau's Rights*

[120] The prayer recited by the municipal council in breach of the state's duty of neutrality resulted in a distinction, exclusion and preference based on religion — that is, based on Mr. Simoneau's atheism — which, in combination with the circumstances in which the prayer was recited, turned the meetings into a preferential space for people with theistic beliefs. The latter could participate in municipal democracy in an environment favourable to the expression of their beliefs. Although non-believers could also participate, the price for doing so was isolation, exclusion and stigmatization. This impaired Mr. Simoneau's right to exercise his freedom of conscience and religion.

[121] In this regard, the evidence accepted by the Tribunal shows that when Mr. Simoneau went to meetings of the municipal council, he had to choose between remaining in the chamber and conforming to the City's religious practice, excluding himself from the practice by refusing to participate in it, and physically excluding himself from the chamber for the duration of the prayer. If he chose to conform to the council's practice, he would be acting in direct contradiction with his atheistic beliefs. If he chose to exclude himself from the prayer either by refusing to participate in it or by leaving the chamber, he would be forced to reveal that he is a non-believer (para. 266). According to the Tribunal's findings, Mr. Simoneau had experienced a strong feeling of isolation and exclusion (paras. 265-66). This led the Tribunal to conclude that the interference caused by this situation was more than trivial or insubstantial (para. 262). Such interference constitutes an infringement of the complainant's freedom of conscience and religion.

n'agissent pas en cette qualité, ne sont pas tenus aux mêmes restrictions au regard de leur propre liberté de conscience et de religion. Si ces représentants n'ont pas le droit d'user des pouvoirs publics de façon à professer leur croyance, cette conclusion n'affecte pas par ailleurs leur droit à cette liberté à titre personnel.

2. *L'atteinte aux droits de M. Simoneau*

[120] La prière récitée par le conseil municipal en violation du devoir de neutralité de l'État engendre une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion, soit l'athéisme de M. Simoneau, qui, conjuguée aux circonstances entourant sa récitation, fait des séances un espace préférentiel favorisant les croyants théistes. Ces derniers peuvent participer à la démocratie municipale dans un environnement favorable à l'expression de leurs croyances, alors que si les incroyants peuvent eux aussi participer, c'est au prix de l'isolement, de l'exclusion et de la stigmatisation. Cela compromet le droit de M. Simoneau à l'exercice de sa liberté de conscience et de religion.

[121] À ce chapitre, la preuve retenue par le Tribunal révèle que, lorsque M. Simoneau se présente aux séances du conseil municipal, il doit faire un choix : soit demeurer dans la salle et se conformer à la pratique religieuse de la Ville, soit s'exclure de la pratique en refusant d'y participer ou en sortant physiquement de la salle le temps de la prière. Si M. Simoneau choisit de se conformer à la pratique du conseil municipal, il agit en contradiction directe avec son athéisme. S'il choisit de s'exclure de la prière en refusant d'y participer ou en quittant la salle, il est alors forcé de révéler son incroyance (par. 266). Selon les constatations du Tribunal, M. Simoneau a souffert d'un fort sentiment d'isolement et d'exclusion (par. 265-266). Pour cette raison, le Tribunal a conclu que l'entrave résultant de cette situation est plus que négligeable ou insignifiante (par. 262). Une telle entrave constitue une atteinte à la liberté de conscience et de religion du plaignant.

[122] At the risk of repeating myself, the attempt at accommodation provided for by the City in the By-law, namely giving those who preferred not to attend the recitation of the prayer the time they needed to re-enter the council chamber, far from tempering the discrimination, exacerbated it.

[123] Here again, the Court of Appeal contradicted the Tribunal's findings of fact, holding that the interference with Mr. Simoneau's freedom was at most trivial or insubstantial (paras. 109-15). Its intervention on this point was based on the standard of correctness, which it applied to the entire appeal. It erred in doing so. It should have shown deference to the Tribunal's assessment of the effect of the prayer on Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion and could not disregard the Tribunal's findings in this regard unless they were unreasonable. But they were supported by solid evidence.

[124] Moreover, these findings are similar to findings made by other courts in similar circumstances. In *Zylberberg v. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, the Ontario Court of Appeal had to determine whether the possibility of being exempted from participation in a religious practice rendered that practice less intrusive. The regulations at issue in that case required that each school day be opened or closed with the reading of religious texts and the recitation of a prayer. The law included an exemption for pupils whose parents objected to those activities. The court held that the existence of an exemption did not mean that freedom of conscience and religion was not infringed. The requirement that the exemption be requested meant that pupils and their parents were forced to reveal that their religious identity was different from that of the majority:

> . . . the right to be excused from class, or to be exempted from participating, does not overcome the infringement of the Charter freedom of conscience and religion by the mandated religious exercises. On the contrary, the exemption provision imposes a penalty on pupils from religious minorities who utilize it by stigmatizing them as non-conformists and setting them apart

[122] Quitte à le redire, la tentative d'accommodement que prévoit le Règlement de la Ville et qui consiste à allouer à ceux qui préfèrent ne pas assister à la prière le temps requis pour réintégrer la salle du conseil, loin de tempérer la discrimination, a plutôt l'effet de l'exacerber.

[123] Là encore, contredisant les constatations factuelles du Tribunal, la Cour d'appel a jugé que l'entrave subie par M. Simoneau est tout au plus négligeable ou insignifiante (par. 109-115). Elle est intervenue à cet égard sur la base de la norme de la décision correcte qu'elle a appliquée à l'ensemble du pourvoi et, ce faisant, elle a commis une erreur. Elle devait faire preuve de déférence envers cette évaluation des effets de la prière sur la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau et ne pouvait écarter ces conclusions du Tribunal que si elles étaient déraisonnables. Or, une preuve solide les étayait.

[124] Ces conclusions rejoignent du reste celles auxquelles sont arrivés d'autres tribunaux dans des circonstances analogues. Dans *Zylberberg c. Sudbury Board of Education (Director)* (1988), 65 O.R. (2d) 641, la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si la possibilité d'être exempté d'une pratique religieuse rend celle-ci moins attentatoire. Dans cette affaire, un règlement exigeait que chaque jour d'école commence ou se conclue par la lecture de textes religieux et la récitation d'une prière. La loi renfermait une exemption en faveur des élèves dont les parents s'opposaient à ces activités. La cour a conclu que l'existence d'une exemption n'empêchait pas l'atteinte à la liberté de conscience et de religion. L'obligation de solliciter cette exemption forçait les élèves et leurs parents à révéler leur identité religieuse différente de celle de la majorité :

> [TRADUCTION] . . . le droit d'être autorisé à sortir de la salle de classe ou d'être exempté des activités religieuses imposées n'élimine pas l'atteinte qu'entraînent ces activités à la liberté de conscience et de religion garantie par la Charte. Au contraire, la disposition prévoyant l'exemption pénalise les élèves des minorités religieuses qui l'invoquent en les stigmatisant comme non-conformistes et en

from their fellow students who are members of the dominant religion. In our opinion, the conclusion is inescapable that the exemption provision fails to mitigate the infringement of freedom of conscience and religion by s. 28(1). [Emphasis added; p. 656.]

[125] In a subsequent case, *Freitag v. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301, the Ontario Court of Appeal reached a similar conclusion in a similar situation:

> The "subtle and constant reminder" of his difference from the majority is what causes the appellant to feel intimidated and uncomfortable at council meetings. It has also deterred him from running for a council which proclaims and identifies itself as it does. In *Zylberberg*, this court . . . held, at p. 655, that the need to seek an exemption from attending the opening exercises "compels students and parents to make a religious statement" so that the effect of the exemption provisions was to discriminate against religious minorities by stigmatizing them. . . .
>
> Similarly, the appellant is clearly stigmatized by his decision not to stand and recite the Lord's Prayer, so that the fact that he is not prohibited from making that choice does not save the Town's practice from infringing his *Charter* right. [Emphasis deleted; paras. 39-40.]

[126] In sum, regardless of the approach taken in the analysis, the Tribunal's finding in the instant case of discrimination contrary to ss. 3 and 10 of the *Quebec Charter* was reasonable. The exclusion caused by the practice and the By-law in the case at bar resulted in an infringement of Mr. Simoneau's freedom of conscience and religion, and it follows that the prayer necessarily had the effect of impairing his right to full and equal exercise of that freedom (*Ford*, at pp. 786-87).

[127] In closing, as to the City's by-law regulating the prayer, I will repeat that it was adopted after Mr. Simoneau had filed his complaint with the Commission, if not in reaction to that complaint. What the respondents hoped to do in adopting the By-law was to ensure that the prayer was consistent with the *Quebec Charter* on the basis of *Allen*

les mettant à l'écart des élèves qui appartiennent à la religion dominante. À notre avis, la conclusion inéluctable est que cette disposition n'atténue pas la violation de la liberté de conscience et de religion qu'engendre le par. 28(1). [Je souligne; p. 656.]

[125] Dans un arrêt subséquent, *Freitag c. Penetanguishene (Town)* (1999), 47 O.R. (3d) 301, la même Cour d'appel a tiré une conclusion analogue dans une situation semblable :

> [TRADUCTION] Le « rappel subtil et constant » de ce qui le distingue de la majorité est la raison pour laquelle l'appelant se sent intimidé et mal à l'aise lors des séances du conseil. Cette situation l'a également dissuadé de briguer un poste au sein d'un conseil qui proclame son identité comme il le fait. Dans *Zylberberg*, notre cour a [. . .] conclu, à la p. 655, que d'être obligé de demander une exemption des activités d'ouverture « contrai[gnait] les élèves et les parents à déclarer leur appartenance religieuse », de sorte que les dispositions prévoyant l'exemption avaient pour effet de réserver un traitement discriminatoire aux minorités religieuses en les stigmatisant. . .
>
> De même, l'appelant est clairement stigmatisé du fait de sa décision de ne pas se lever et de ne pas réciter le Notre Père, de telle sorte que même si ce choix ne lui est pas interdit, cela n'empêche pas la pratique de la Ville de violer le droit que lui garantit la *Charte*. [Italique omis; par. 39-40.]

[126] En somme, peu importe l'angle sous lequel on l'analyse, la conclusion du Tribunal voulant qu'il y ait en l'espèce discrimination contraire aux art. 3 et 10 de la *Charte québécoise* est raisonnable. L'exclusion causée par la pratique et le Règlement engendre une atteinte à la liberté de conscience et de religion de M. Simoneau; la prière a donc nécessairement pour effet de compromettre son droit à l'exercice, en toute égalité, de cette liberté (*Ford*, p. 786-787).

[127] En terminant, pour ce qui est du Règlement de la Ville qui encadre la prière, je rappellerai que celui-ci est adopté à la suite de la plainte déposée devant la Commission par M. Simoneau, sinon en réaction à celle-ci. En adoptant le Règlement, les intimés espéraient rendre la prière conforme à la *Charte québécoise* en se fondant sur une décision

v. Renfrew (County) (2004), 69 O.R. (3d) 742, a decision of the Ontario Superior Court of Justice that I will discuss below. In light of the analysis of the facts in the case at bar, however, that does not alter the outcome. A by-law adopted to regulate a discriminatory religious practice that is incompatible with the state's duty of neutrality must also be discriminatory. Even though the By-law's preamble indicates an intention [TRANSLATION] "to ensure decorum and highlight the importance of the work of the councillors", it can be seen from the evidence as a whole that this purpose was secondary. Decorum could have been ensured in many other ways that would not have led the City to adopt a religious belief.

[128] Finally, although the adoption of a by-law normally opens the door to the application of the justificatory provision (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 53), the onus of justification was on the respondents (*Oakes*, at pp. 136-37; *Edwards Books*, at p. 768). Since they have advanced no substantive argument in this regard, I will not discuss this further.

(c) *Other Submissions of the Respondents*

[129] Despite these findings of the Tribunal, the respondents raise four other arguments in favour of finding that the prayer is valid and is not discriminatory, which I will now discuss.

(i) Absolute Neutrality and True Neutrality

[130] In the respondents' view, barring the municipal council from reciting the prayer would amount to giving atheism and agnosticism prevalence over religious beliefs. The Court of Appeal advanced this same argument in its reasons (para. 71). Its comments on benevolent neutrality were along the same lines.

[131] This Court has referred in the past to the difficulty the definition of the concept of neutrality seems to cause. In *S.L.*, the Court referred to comments made by Professor R. Moon:

de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, *Allen c. Renfrew (County)* (2004), 69 O.R. (3d) 742, sur laquelle je reviendrai. À la lumière de l'analyse factuelle propre au présent dossier, cela ne change rien au résultat. Un règlement qui a pour but d'encadrer une pratique religieuse discriminatoire qui contrevient au devoir de neutralité de l'État ne peut être que discriminatoire lui aussi. Même si son préambule énonce l'intention « d'assurer le décorum et l'importance du travail des conseillers », l'ensemble de la preuve révèle que cet objectif est secondaire. En effet, le décorum pourrait être assuré de nombreuses autres façons qui n'amèneraient pas la Ville à adopter une croyance religieuse.

[128] Enfin, bien que l'adoption d'un règlement donne normalement ouverture au recours à la disposition justificative (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 53), il incombait aux intimés de faire la preuve de la justification (*Oakes*, p. 136-137; *Edwards Books*, p. 768). Puisqu'ils n'ont présenté aucun argument substantiel à cet effet, je ne m'y attarde pas davantage.

c) *Les autres prétentions des intimés*

[129] Malgré ces constatations du Tribunal, les intimés défendent la validité de la prière et son caractère non discriminatoire en insistant sur quatre autres arguments auxquels je réponds.

(i) Neutralité absolue et neutralité réelle

[130] Les intimés sont d'avis que le fait d'empêcher le conseil municipal de réciter la prière équivaut à faire triompher l'athéisme et l'agnosticisme sur les croyances religieuses. La Cour d'appel fait écho à cette prétention dans ses motifs (par. 71). Ses propos sur la neutralité bienveillante vont dans le même sens.

[131] Notre Cour a déjà reconnu l'apparente difficulté que soulève la définition de la notion de neutralité. Dans *S.L.*, la Cour renvoie aux propos du professeur R. Moon :

We must recognize that trying to achieve religious neutrality in the public sphere is a major challenge for the state. The author R. Moon has clearly described the difficulty of implementing a legislative policy that will be seen by everyone as neutral and respectful of their freedom of religion:

> If secularism or agnosticism constitutes a position, worldview, or cultural identity equivalent to religious adherence, then its proponents may feel excluded or marginalized when the state supports even the most ecumenical religious practices. But by the same token, the complete removal of religion from the public sphere may be experienced by religious adherents as the exclusion of their worldview and the affirmation of a non-religious or secular perspective . . . .
>
> . . . Ironically, then, as the exclusion of religion from public life, in the name of religious freedom and equality, has become more complete, the secular has begun to appear less neutral and more partisan. With the growth of agnosticism and atheism, religious neutrality in the public sphere may have become impossible. What for some is the neutral ground on which freedom of religion and conscience depends is for others a partisan anti-spiritual perspective.

("Government Support for Religious Practice", in *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, at p. 231) [para. 30]

[132] Stressing that absolute state neutrality is impossible to attain, the Court defined its non-absolutist conception of neutrality as follows:

> Therefore, following a realistic and non-absolutist approach, state neutrality is assured when the state neither favours nor hinders any particular religious belief, that is, when it shows respect for all postures towards religion, including that of having no religious beliefs whatsoever, while taking into account the competing constitutional rights of the individuals affected.

(*S.L.*, at para. 32)

Thus, a neutrality that is non-absolute is nevertheless a true neutrality. But this true neutrality presupposes that the state abstains from taking a position on questions of religion.

Il faut reconnaître que la recherche de la neutralité religieuse dans la sphère publique constitue un défi important pour l'État. L'auteur R. Moon a bien exprimé la difficulté que pose la mise en œuvre d'une politique législative qui serait considérée par tous comme étant neutre et respectueuse de leur liberté de religion :

> [TRADUCTION] Si la laïcisation ou l'agnosticisme constitue une position, une vision du monde ou une identité culturelle équivalente à une appartenance religieuse, ses adeptes pourraient se sentir exclus ou marginalisés au sein d'un État qui appuie les pratiques religieuses, même les moins confessionnelles. Par ailleurs, il est possible que les croyants interprètent le retrait intégral de toute religion de la sphère publique comme le rejet de leur vision du monde et l'affirmation d'une perspective laïque . . .
>
> . . . Ainsi, de manière ironique, alors que la religion se retire de plus en plus de la place publique au nom de la liberté et de l'égalité religieuses, la laïcité paraît moins neutre et plus partisane. Compte tenu de la croissance de l'agnosticisme et de l'athéisme, la neutralité religieuse dans la sphère publique est peut-être devenue impossible. Ce que certains considèrent comme le terrain neutre essentiel à la liberté de religion et de conscience constitue pour d'autres une perspective antispiritualiste partisane.

(« Government Support for Religious Practice », dans *Law and Religious Pluralism in Canada* (2008), 217, p. 231) [par. 30]

[132] Soulignant l'impossibilité pour l'État de faire preuve d'une neutralité absolue, la Cour définit ainsi sa conception non absolutiste de la neutralité :

> Par conséquent, suivant une approche réaliste et non absolutiste, la neutralité de l'État est assurée lorsque celui-ci ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse; en d'autres termes, lorsqu'il respecte toutes les positions à l'égard de la religion, y compris celle de n'en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées.

(*S.L.*, par. 32)

Ainsi, une neutralité non absolue n'en est pas moins une neutralité réelle. Par contre, cette neutralité réelle suppose que l'État s'abstienne de prendre position sur les matières religieuses.

[133] Contrary to the respondents' argument, abstaining does not amount to taking a stand in favour of atheism or agnosticism. The difference, which, although subtle, is important, can be illustrated easily. A practice according to which a municipality's officials, rather than reciting a prayer, solemnly declared that the council's deliberations were based on a denial of God would be just as unacceptable. The state's duty of neutrality would preclude such a position, the effect of which would be to exclude all those who believe in the existence of a deity.

[134] In short, there is a distinction between unbelief and true neutrality. True neutrality presupposes abstention, but it does not amount to a stand favouring one view over another. No such inference can be drawn from the state's silence. In this regard, I will say that the benevolent neutrality to which the Court of Appeal referred is not really compatible with the concept of true neutrality. As understood by that court, neutrality would in the instant case require tolerance for the state's profession of a clearly identified religious belief on the basis of tolerance for its history and culture. I do not believe that is the sense of true state neutrality with respect to freedom of conscience and religion.

(ii) Non-denominational Nature of the Prayer

[135] The respondents stress the non-denominational nature of the prayer and argue that this makes the prayer an inclusive practice that neither favours nor hinders any religion and can therefore infringe nobody's freedom of conscience and religion. On this point, too, the Court of Appeal said the same thing (paras. 88-96). I find that this argument must fail for two reasons.

[136] First, it has not been established in this case that the prayer is non-denominational. The Tribunal's findings of fact instead tend toward the opposite result, as can be seen from the foregoing analysis. In light of the recitals of the preamble to the By-law, the wording of the prayer and the context in which the prayer was recited, the Tribunal observed that the council's practice was strongly associated with Catholicism (paras. 239-41). The Tribunal's finding

[133] Contrairement à ce que plaident les intimés, s'abstenir n'équivaut pas à prendre position en faveur de l'athéisme ou de l'agnosticisme. La différence, subtile mais importante, s'illustre aisément. Si, au lieu de réciter une prière, les représentants d'une municipalité déclaraient solennellement que les délibérations du conseil se fondent sur le déni de Dieu, cette pratique serait tout aussi inacceptable. La neutralité requise de l'État s'oppose à une telle prise de position, qui aurait pour effet d'exclure tous ceux qui croient en l'existence d'une divinité.

[134] Bref, il existe une distinction entre l'incroyance et la neutralité réelle. Cette dernière suppose l'abstention, mais cela n'est pas une prise de position en faveur d'une perspective plutôt que d'une autre. Une telle inférence ne peut être tirée du silence de l'État. Sous ce rapport, je préciserai que la neutralité bienveillante à laquelle se réfère la Cour d'appel cadre mal avec la notion de neutralité réelle. Telle qu'elle est perçue par la cour, la neutralité obligerait en l'espèce à tolérer la profession par l'État d'une croyance religieuse bien identifiée, pour des raisons de tolérance envers son histoire et sa culture. Je ne crois pas que ce soit là le sens de la neutralité réelle de l'État en matière de liberté de conscience et de religion.

(ii) Le caractère non confessionnel de la prière

[135] Les intimés insistent sur le caractère non confessionnel de la prière. Selon eux, cela en fait une pratique inclusive qui ne favorise ou ne défavorise aucune religion et qui, partant, ne peut attenter à la liberté de conscience et de religion de quiconque. Là encore, la Cour d'appel abonde dans le même sens (par. 88-96). À mon avis, cette prétention se bute aux deux obstacles suivants.

[136] D'abord, le caractère non confessionnel de la prière n'est pas établi en l'espèce. Les conclusions factuelles du Tribunal vont plutôt dans le sens contraire. L'analyse qui précède en témoigne. Compte tenu des attendus du préambule du Règlement, du texte de la prière et du contexte dans lequel elle est récitée, le Tribunal fait observer que la pratique du conseil est fortement associée au catholicisme (par. 239-241). À moins de substituer

cannot be determined to be unreasonable having regard to the facts and the law unless we substitute our own finding for it, which is what the Court of Appeal did by re-assessing the evidence and accepting the theory of the respondents' experts.

[137] Second, even if it were accepted that the prayer at issue is *prima facie* a non-denominational practice, it is nonetheless a religious practice, as the respondents themselves conceded at the hearing in this Court. The respondents argue in this regard that a state that is "somewhat religious" can be tolerated in the context of state neutrality provided that it is inclusive, and that this tolerance can be justified on the basis of historical and traditional values. They add that the separation of church and state does not necessarily mean that the two are totally separate. I find that the respondents are on the wrong track in this respect. True neutrality is concerned not with a strict separation of church and state on questions related to religious thought. The purpose of neutrality is instead to ensure that the state is, and appears to be, open to all points of view regardless of their spiritual basis. Far from requiring separation, true neutrality requires that the state neither favour nor hinder any religion, and that it abstain from taking any position on this subject. Even if a religious practice engaged in by the state is "inclusive", it may nevertheless exclude non-believers; whether it is consistent with the *Quebec Charter* depends not on the extent to which it is inclusive, but on its exclusive nature and its effect on the complainant's ability to act in accordance with his or her beliefs.

[138] On this point, the respondents rely, as did the Court of Appeal, on two Ontario cases. In the first case, *Freitag*, to which I referred briefly above, the Ontario Court of Appeal held that a Christian prayer recited at the opening of public meetings of a municipal council infringed the freedom of conscience and religion of a non-Christian citizen. In *obiter*, the court suggested that it would have held a non-denominational prayer to be valid. However, its comments were limited to suggesting that such a practice might satisfy the minimal impairment criterion of the test for justification under s. 1 of the *Canadian Charter* (paras. 51-52). It cited as an example

notre propre conclusion à celle du Tribunal, ce que la Cour d'appel a fait en réévaluant la preuve et en adhérant à la thèse des experts des intimés, l'on ne peut qualifier cette conclusion de déraisonnable au regard des faits et du droit.

[137] Ensuite, même si l'on accepte que la prière litigieuse constitue une pratique en apparence non confessionnelle, les intimés ont eux-mêmes admis à l'audience devant notre Cour que cette prière n'en demeure pas moins une pratique religieuse. Ils soutiennent à ce sujet que la neutralité de l'État permet de tolérer un État « un peu religieux », dans la mesure où celui-ci se montre inclusif. Une telle tolérance serait justifiable au nom de valeurs fondées sur l'histoire et sur la tradition. Selon eux, l'autonomie de l'État et de la religion ne signifie pas nécessairement la séparation totale entre les deux. J'estime que les intimés font fausse route à cet égard. La cible de la neutralité réelle n'est pas la stricte autonomie de l'État par rapport aux perspectives religieuses. L'objectif de la neutralité est plutôt de faire en sorte que l'État demeure — en fait et en apparence — ouvert à tous les points de vue, sans égard à leur fondement spirituel. Loin de viser l'autonomie, la neutralité réelle exige que l'État ne favorise ni ne défavorise aucune religion et s'abstienne de prendre position sur ce sujet. Or, même « inclusive », une pratique religieuse étatique risque néanmoins d'exclure les incroyants; sa conformité avec la *Charte québécoise* ne dépend pas de son degré d'inclusion, mais de son caractère exclusif et de ses effets sur la capacité du plaignant d'agir en conformité avec ses croyances.

[138] Sur ce point, à l'instar de Cour d'appel, les intimés invoquent deux jugements ontariens. Dans le premier, *Freitag*, dont j'ai déjà parlé brièvement, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une prière chrétienne récitée à l'ouverture des séances publiques du conseil municipal contrevenait à la liberté de conscience et de religion d'un citoyen non chrétien. En *obiter*, elle laisse entendre qu'elle aurait déclaré valide une prière qui aurait été non confessionnelle. Ses commentaires se limitaient toutefois à suggérer qu'une telle pratique pourrait satisfaire au critère de l'atteinte minimale de l'analyse justificative fondée sur l'article premier de la *Charte canadienne*

the prayer recited by the Speaker of the House of Commons before that body's meetings.

[139] In the second case, *Renfrew*, the Ontario Superior Court of Justice found a prayer it characterized as being non-denominational to be valid. In light of the facts that had been established in that case, and contrary to the findings of the Tribunal in the case at bar, the court held that the prayer was not religious:

> The prayer in its present form is not in substance a religious observance, coercive or otherwise and it does not impose any burden on the applicant or any restriction on his exercise of his own beliefs. The recital of this prayer does not compel the applicant, in contrast to *Freitag*, to participate in a Christian or other denominational form of worship. The mere mention of God in the prayer in question is not in this court's opinion, sufficient in its effect on the applicant to interfere in any material way with his religious beliefs. [Emphasis added; para. 27.]

[140] These cases are of no assistance to the respondents. Insofar as the practice authorized in *Renfrew* was one whose effect constituted an insubstantial impairment, that case can be distinguished from the case at bar. Furthermore, although we need not cast doubt on the findings of fact of the judge in that case, the Tribunal's findings in the instant case are clear. The City's practice is religious, and its effect on the complainant was more than trivial. Likewise, to the extent that *Freitag* does not close the door on the application of the justificatory provision, the reasoning of the Ontario Court of Appeal in that case does not apply here. It was reasonable for the Tribunal to conclude that the City could not have recourse to the justificatory provision (paras. 283-85), and the respondents have submitted no arguments in this regard.

(iii) The Prayer of the House of Commons

[141] The respondents submit that the City's prayer must be valid because it is similar to the one

(par. 51-52). Elle cite en exemple la prière du Président de la Chambre des communes avant l'ouverture des séances.

[139] Dans le second, *Renfrew*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a reconnu la validité d'une prière qu'elle a qualifiée de non confessionnelle. Dans le contexte factuel établi dans cette affaire, et contrairement aux constatations du Tribunal en l'espèce, la cour a jugé que la prière n'était pas religieuse :

> [TRADUCTION] Dans sa forme actuelle, la prière ne constitue pas réellement une pratique religieuse, coercitive ou autre, et elle n'impose pas au demandeur de fardeau ou de contrainte relativement à l'exercice de ses propres croyances. À la différence des faits en cause dans *Freitag*, la récitation de la prière en l'espèce n'oblige pas le demandeur à participer à une pratique liée au christianisme ou à une autre religion. La simple mention de Dieu dans la prière en question n'a pas, de l'avis de notre cour, d'effets suffisants sur le demandeur pour entraîner une entrave appréciable à ses croyances religieuses. [Je souligne; par. 27.]

[140] Ces décisions ne sont d'aucun secours pour les intimés. Dans la mesure où *Renfrew* autorise une pratique dont les effets constituent une entrave insignifiante, ce cas se distingue de celui qui nous occupe. Par ailleurs, alors que nous n'avons pas à remettre en cause les conclusions de fait du juge dans cette affaire, les constatations factuelles du Tribunal en l'espèce sont claires. La pratique de la Ville est religieuse et engendre des effets plus que négligeables sur le plaignant. De même, dans la mesure où *Freitag* ne ferme pas la porte au recours à la disposition justificative, le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans cette affaire est inapplicable ici. En effet, le Tribunal a raisonnablement conclu que la Ville ne pouvait avoir recours à la disposition justificative (par. 283-285) et les intimés n'ont présenté aucun argument à cet égard.

(iii) La prière de la Chambre des communes

[141] Les intimés soutiennent que la prière de la Ville est nécessairement valide, puisqu'elle est

recited by the Speaker of the House of Commons before that body's meetings. Gagnon J.A. also referred to the latter prayer in his reasons (paras. 94-95).

[142] In the specific context of this appeal, this argument must fail for three reasons. First, there is no evidence before us on the purpose of the prayer of the House of Commons. Second, the circumstances of the recitation of the two prayers are different. Third, it is possible that the House's prayer is subject to parliamentary privilege, as certain courts have suggested (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); see also *Renfrew*, at para. 22).

[143] In the absence of detailed evidence on Parliament's practice and the circumstances thereof, and of full argument on this point, it would be inappropriate for the Court to discuss its content or to use it to support a finding that the City's prayer is valid.

(iv) Preamble to the *Canadian Charter* and the Supremacy of God

[144] Finally, the respondents argue that the reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* establishes the moral source of the values that charter protects. In their view, a prayer that refers to that same source cannot, in itself, interfere with anyone's freedom of conscience and religion. The Court of Appeal also mentioned this reference (at para. 100), although it did not discuss it in detail.

[145] The preamble to the *Canadian Charter* reads as follows:

> Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

[146] In my opinion, the respondents' argument in this regard truncates the analysis on the issue of freedom of conscience and religion. Contrary to what

similaire à celle que récite le Président de la Chambre des communes avant les délibérations des parlementaires. Le juge Gagnon en fait aussi état dans ses motifs (par. 94-95).

[142] Dans le contexte particulier de ce pourvoi, cet argument ne peut être retenu pour trois raisons. Premièrement, nous ne disposons d'aucune preuve sur l'objet de la prière de la Chambre des communes. Deuxièmement, les circonstances entourant la récitation des deux prières diffèrent. Troisièmement, il est possible que la prière de la Chambre soit soumise au privilège parlementaire, comme l'ont suggéré certains tribunaux (*Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) c. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.); voir aussi *Renfrew*, par. 22).

[143] En l'absence de preuve détaillée sur la pratique du Parlement et les circonstances qui la caractérisent, et sans argumentaire complet à ce sujet, il est inopportun pour la Cour de se prononcer sur sa teneur ou de l'utiliser afin de valider la prière de la Ville.

(iv) Le préambule de la *Charte canadienne* et la suprématie de Dieu

[144] Enfin, les intimés plaident que la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* identifie la source morale des valeurs que celle-ci protège. Selon eux, une prière qui se réfère à cette même source ne saurait, en soi, brimer la liberté de conscience et de religion de quiconque. Les motifs de la Cour d'appel font également état de cette mention (par. 100), sans trop s'y attarder.

[145] Le préambule de la *Charte canadienne* énonce ce qui suit :

> Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit :

[146] À mon avis, l'argument des intimés tronque l'analyse fondée sur la liberté de conscience et de religion. Contrairement à ce que suggère cet

their argument suggests, that analysis is not limited to a single reference to God in the prayer. On its own, that reference is not determinative. Rather, the analysis concerns the state's observance of a religious practice. The moral source of that practice, whether divine or otherwise, is but one of the contextual factors that make it possible to identify the practice's purpose and its effect. It is that purpose and that effect that are determinative of the existence of discriminatory interference with freedom of conscience and religion and of a breach of the state's duty of neutrality.

[147] The reference to the supremacy of God in the preamble to the *Canadian Charter* cannot lead to an interpretation of freedom of conscience and religion that authorizes the state to consciously profess a theistic faith. The preamble, including its reference to God, articulates the "political theory" on which the *Charter*'s protections are based (see *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 95, in which the Court was discussing the preamble to the *Constitution Act, 1867*). It must nevertheless be borne in mind that the express provisions of the *Canadian Charter*, such as those regarding freedom of conscience and religion, must be given a generous and expansive interpretation. This approach is necessary to ensure that those to whom the *Canadian Charter* applies enjoy the full benefit of the rights and freedoms and, thereby, that the purpose of that charter is attained (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23; *Big M*, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156). The same is equally true of the *Quebec Charter*.

[148] Thus, the reference to God in the preamble cannot be relied on to reduce the scope of a guarantee that is expressly provided for in the charters. Professor L. Sossin explains this as follows in "The 'Supremacy of God', Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms*" (2003), 52 *U.N.B.L.J.* 227, at p. 229:

The reference to the supremacy of God in the *Charter* should not be construed so as to suggest one religion is

argument, cette analyse ne porte pas uniquement sur une simple mention de Dieu dans la prière. À elle seule, cette mention n'est pas déterminante. L'analyse porte plutôt sur l'exercice, par l'État, d'une pratique religieuse. La source morale sur laquelle s'appuie cette pratique, qu'elle soit divine ou autre, n'est qu'un des éléments contextuels permettant de cerner son objet et ses effets. Ce sont ces derniers qui sont déterminants pour décider de l'existence d'une atteinte discriminatoire à la liberté de conscience et de religion et d'une violation de la neutralité de l'État.

[147] La mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte canadienne* ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule, y compris sa référence à l'être divin, est l'expression de la « thèse politique » sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme (voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 95, à propos du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Toutefois, il faut garder à l'esprit que les dispositions explicites de la *Charte canadienne*, telles celles relatives à la liberté de conscience et de religion, doivent recevoir une interprétation large et libérale. Une telle approche est nécessaire pour assurer aux justiciables le plein bénéfice des droits et libertés et, ainsi, réaliser l'objet de la *Charte canadienne* (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23; *Big M*, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156). Cela est tout aussi vrai pour la *Charte québécoise*.

[148] Partant, la mention du divin dans le préambule ne saurait être invoquée pour diminuer l'étendue d'une garantie explicite prévue par les chartes. Comme l'écrit le professeur L. Sossin, « The "Supremacy of God", Human Dignity and the *Charter of Rights and Freedoms* » (2003), 52 *R.D.U.N.-B.* 227, p. 229 :

[TRADUCTION] La mention de la suprématie de Dieu dans la *Charte* ne saurait permettre d'affirmer qu'une

favoured over another in Canada, nor that monotheism is more desirable than polytheism, nor that the God-fearing are entitled to greater rights and privileges than atheists or agnostics. Any of these interpretations would be at odds with the purpose and orientation of the *Charter*, as well as with the specific provisions regarding freedom of religion and conscience under s. 2. [Emphasis added.]

[149] This leads me to conclude that the reference to the supremacy of God does not limit the scope of freedom of conscience and religion and does not have the effect of granting a privileged status to theistic religious practices. Contrary to what the respondents suggest, I do not believe that the preamble can be used to interpret this freedom in this way.

(d) *Conclusion*

[150] None of the arguments advanced by the respondents can refute the inescapable conclusion that, in the instant case, the By-law and the City's practice with respect to the prayer are incompatible with the state's duty of religious neutrality. The Tribunal's findings of fact on the religious and discriminatory nature of the By-law and of the practice were not unreasonable; quite the contrary. The prayer creates a distinction, exclusion and preference based on religion that has the effect of impairing Mr. Simoneau's right to full and equal exercise of his freedom of conscience and religion. The Court of Appeal could not simply substitute its own view for that of the Tribunal without first establishing in what way the Tribunal's findings were unreasonable, which it did not do. This Court must intervene to restore the Tribunal's judgment in this regard. I will conclude my analysis by discussing the remedies that were granted.

D. *Remedies*

(1) Declaration of Inoperability of By-law VS-R-2008-40

[151] The Tribunal declared the By-law to be [TRANSLATION] "inoperative and invalid" (para. 355). The respondents submit that the Tribunal lacks the jurisdiction to make such a declaration, as only the

religion plutôt qu'une autre est privilégiée au Canada, que le monothéisme est préférable au polythéisme ou encore que les croyants jouissent de droits et privilèges plus étendus que les athées ou les agnostiques. L'une ou l'autre de ces interprétations irait à l'encontre de l'objet et de l'orientation de la *Charte*, ainsi que des dispositions explicites de l'art. 2 portant sur la liberté de religion et de conscience. [Je souligne.]

[149] J'en conclus que la mention de la suprématie de Dieu ne restreint pas la portée de la liberté de conscience et de religion et n'a pas pour effet d'accorder un statut privilégié aux pratiques religieuses théistes. Contrairement à ce que suggèrent les intimés, je ne crois pas que le préambule puisse servir à interpréter ainsi cette liberté.

d) *Conclusion*

[150] Aucun des arguments avancés par les intimés ne permet d'écarter la conclusion inéluctable suivant laquelle, en l'espèce, le Règlement et la pratique de la Ville concernant la prière contreviennent à l'obligation de neutralité religieuse de l'État. Les conclusions factuelles du Tribunal sur le caractère religieux et discriminatoire de ce Règlement et de cette pratique ne sont pas déraisonnables, bien au contraire. La prière crée une distinction, exclusion et préférence fondée sur la religion qui a pour effet de compromettre le droit de M. Simoneau à l'exercice, en pleine égalité, de sa liberté de conscience et de religion. La Cour d'appel ne pouvait se contenter de substituer son opinion à celle du Tribunal sans d'abord déterminer en quoi ces conclusions étaient déraisonnables. Elle ne l'a pas fait. Une intervention s'impose afin de rétablir le jugement du Tribunal à ce chapitre. Je termine mon analyse en commentant les mesures de réparation prononcées.

D. *Les mesures de réparation*

(1) La déclaration d'inopérabilité du Règlement VS-R-2008-40

[151] Le Tribunal a déclaré le Règlement « inopérant et sans effet » (par. 355). Les intimés prétendent que cette déclaration outrepasse la compétence du Tribunal, car seule la Cour supérieure a

Superior Court has the power to make a blanket declaration of invalidity. The respondents are right. The Tribunal's declaration on this point must be amended.

[152] The *Quebec Charter* has a special place in Quebec's hierarchy of rules. Section 52 confers a certain primacy on ss. 1 to 38; in principle, no provision of any Act may derogate from them. As a result, these provisions can be said to have quasi-constitutional status (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 116; *Boisbriand*, at para. 27; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 ("*CUM*"), at paras. 14-15 and 20; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, at para. 29). If the Tribunal finds that a complainant's rights have been interfered with, the complainant is entitled to obtain the cessation of that interference (ss. 49, 80 and 111 of the *Quebec Charter*; *Béliveau St-Jacques*, at para. 117). If the interference results from the application of a regulatory provision, s. 52 confers on the Tribunal the power to consider the provision in question inoperative and of no force or effect for the purposes of the case before it. Thus, the Tribunal can make a declaration of inoperability (*CUM*, at para. 27).

[153] However, this Court has held that an administrative tribunal such as the Tribunal does not have jurisdiction to make a general declaration of invalidity (*Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 31; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257, at para. 44). Only a court of law has the power to do so.

[154] In the case at bar, the appellants asked the Tribunal to declare the By-law inoperative and of no force or effect in relation to Mr. Simoneau and, in particular, to order that the interference with his rights cease. Insofar as the By-law infringed the *Quebec Charter*, the Tribunal could declare it to be inoperable against him. However, it could not declare it to be "inoperative and invalid" without further clarification, as that would amount to a general

le pouvoir de le déclarer invalide à l'égard de tous. Les intimés ont raison. La déclaration du Tribunal à ce sujet doit être modifiée.

[152] La *Charte québécoise* jouit d'un statut particulier dans la hiérarchie normative au Québec. L'article 52 accorde une primauté aux art. 1 à 38; en principe, aucune disposition d'une loi ne peut y déroger. C'est ce qui permet de qualifier ces dispositions de quasi constitutionnelles (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 116; *Boisbriand*, par. 27; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« *CUM* »), par. 14-15 et 20; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592, par. 29). Dans les cas où le Tribunal constate une atteinte aux droits d'un plaignant, ce dernier a le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte (art. 49, 80 et 111 de la *Charte québécoise*; *Béliveau St-Jacques*, par. 117). Lorsque l'atteinte résulte de l'application d'une disposition réglementaire, l'art. 52 lui confère le pouvoir de considérer cette disposition comme inopérante et sans effet pour les besoins de l'affaire dont il est saisi. Il peut ainsi prononcer une déclaration d'inopposabilité (*CUM*, par. 27).

[153] Toutefois, notre Cour a déjà indiqué qu'un tribunal administratif comme le Tribunal n'a pas compétence pour prononcer une déclaration générale d'invalidité (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 31; *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257, par. 44). Ce pouvoir appartient aux cours de justice.

[154] Dans le présent cas, les appelants ont demandé au Tribunal de déclarer inopérant et sans effet le Règlement à l'égard de M. Simoneau et, surtout, de faire cesser l'atteinte à ses droits. Dans la mesure où le Règlement contrevient à la *Charte québécoise*, le Tribunal pouvait le déclarer inopposable à M. Simoneau. Par contre, il ne pouvait le déclarer « inopérant et sans effet » sans plus de précision, car cela équivaut à une déclaration générale

declaration of invalidity, which it does not have the jurisdiction to make. In any event, the Tribunal's orders completed its declaration.

(2) Orders

[155] The Tribunal made the following orders:

[TRANSLATION] Orders the defendant Ville de Saguenay, the members of the municipal council, its officers and employees, and the defendant Jean Tremblay to cease reciting a prayer in the municipal council chamber;

Orders Ville de Saguenay to remove from each room where the municipal council gathers for public meetings all religious symbols, including the Sacred Heart statue and the crucifix; [paras. 356-57]

[156] Since the Tribunal did not have jurisdiction to rule on the issue of the religious symbols, it was not open to it to order their removal (para. 357). It was even less open to it to order the removal of "all religious symbols", whereas the evidence was limited to the Sacred Heart statue and the crucifix.

[157] Where the prayer is concerned (para. 356), however, the Tribunal had great latitude. It could make any necessary orders to put an end to the interference. One possible recourse was for it to impose obligations to do or not to do (*CUM*, at para. 26).

(3) Compensatory and Punitive Damages

[158] The Tribunal ordered the respondents solidarily to pay $30,000 in compensatory and punitive damages (paras. 358, 359 and 360). The respondents submit, first, that it was not open to the Tribunal to award damages solely because of the adoption of the By-law, since they had acted in good faith. They argue that they are protected by the public law immunity that is inherent in the exercise of their regulatory power. This argument must fail. Even if such an immunity applied in the City's favour (*Entreprises Sibeca Inc. v. Frelighsburg (Municipality)*, 2004

d'invalidité, ce qui n'est pas de son ressort. À tous égards, les ordonnances prononcées par le Tribunal complètent cette déclaration.

(2) Les ordonnances

[155] Le Tribunal a rendu les ordonnances suivantes :

Ordonne à la défenderesse Ville de Saguenay, aux membres du conseil municipal, à ses officiers et préposés ainsi qu'au défendeur Jean Tremblay de cesser la récitation d'une prière dans la salle de délibérations du conseil municipal;

Ordonne à Ville de Saguenay de retirer de chacune des salles où se réunit le conseil municipal en assemblée publique tout symbole religieux, dont la statue du Sacré-Cœur et le crucifix; [par. 356-357]

[156] Puisque le Tribunal n'avait pas compétence pour se prononcer sur la question des symboles religieux, il ne pouvait en ordonner le retrait (par. 357). Il ne pouvait encore moins exiger le retrait de « tout symbole religieux », alors que la preuve se limitait à la statue du Sacré-Cœur et au crucifix.

[157] Pour ce qui est de la prière toutefois (par. 356), le Tribunal jouissait d'une grande latitude. Il pouvait prononcer les ordonnances nécessaires pour que cesse l'atteinte identifiée. L'un des moyens à sa disposition était d'imposer des obligations de faire ou de ne pas faire (*CUM*, par. 26).

(3) Les dommages-intérêts compensatoires et punitifs

[158] Le Tribunal a condamné les intimés solidairement à des dommages-intérêts compensatoires et punitifs de 30 000 $ (par. 358, 359 et 360). Les intimés soutiennent d'abord que le Tribunal ne pouvait octroyer de dommages-intérêts du seul fait de l'adoption du Règlement, car ils avaient agi de bonne foi. Ils plaident qu'ils bénéficient de l'immunité de droit public inhérente à l'exercice de leur pouvoir de réglementation. Cette prétention doit être rejetée. Même si une telle immunité devait s'appliquer en faveur de la Ville (*Entreprises Sibeca Inc. c.*

SCC 61, [2004] 3 S.C.R. 304, at paras. 19-27), the damages awarded to Mr. Simoneau were intended primarily to compensate him for an injury suffered before the By-law was even adopted.

[159] Moreover, given the exclusion Mr. Simoneau had experienced and the mayor's acts that had stigmatized him, the Tribunal found that he had suffered a moral injury (paras. 318-22 and 329). It also found that the interference with the complainant's rights was not only unlawful, but intentional. The Tribunal referred, *inter alia*, to the [TRANSLATION] "religious battle" (para. 333) the mayor had openly conducted on behalf of the council in order to continue to impose his faith on citizens (paras. 333-34).

[160] On the question of compensatory damages, it is true that the telephone calls and abusive comments by citizens, although in bad taste, had little to do with the mayor's actions. There is no indication that the mayor or the City encouraged anyone to harass Mr. Simoneau. Likewise, the anxiety and stress Mr. Simoneau and his spouse suffered are related to the legal proceedings. They had to deal with the media coverage of those proceedings. Even though the Tribunal should not have taken these factors into account in awarding such damages (at paras. 323-28), its decision on this subject, viewed as a whole, satisfied the reasonableness test.

[161] On punitive damages, I find that the parties acted with a sincere belief that their position was right, and that in civil law such damages are an exceptional remedy (*Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265, at para. 150; *Genex Communications inc. v. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, at para. 87). Nevertheless, the Tribunal applied the appropriate legal principles to the facts adduced in evidence, relying on the relevant decisions of this Court on this subject (paras. 330-32). In those cases, the Court had stressed that the reference in s. 49 of the *Quebec Charter* to unlawful and intentional interference concerns a person who "acts with full knowledge of the

Frelighsburg (Municipalité), 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, par. 19-27), les dommages-intérêts accordés à M. Simoneau visent à notamment le compenser pour le préjudice subi avant même l'adoption du Règlement.

[159] Par ailleurs, vu l'exclusion dont M. Simoneau a été victime et le comportement stigmatisant du maire à son endroit, le Tribunal a d'une part conclu à la présence d'un préjudice moral (par. 318-322 et 329). Il a d'autre part jugé que l'atteinte aux droits du plaignant était non seulement illicite, mais intentionnelle. Le Tribunal a notamment fait état du « combat religieux » (par. 333) qu'a ouvertement mené le maire, au nom du conseil, pour continuer d'imposer sa foi aux citoyens (par. 333-334).

[160] Sur les dommages-intérêts compensatoires, il est vrai que les appels et injures de mauvais goût de la part de concitoyens ont peu à voir avec les agissements du maire. Rien ne démontre que le maire ou la Ville aient incité quiconque à harceler M. Simoneau. De même, l'angoisse et le stress vécus par ce dernier et sa conjointe sont liés au recours entrepris. Ils devaient composer avec la médiatisation de leur démarche. Même si le Tribunal ne devait pas tenir compte de ces éléments dans l'octroi de ces dommages-intérêts (par. 323-328), sa décision à ce sujet, analysée globalement, satisfait au critère de la raisonnabilité.

[161] Sur les dommages punitifs, je constate que les parties ont agi avec une croyance sincère en la justesse de leur position et que, en droit civil, les dommages-intérêts de cette nature demeurent exceptionnels (*Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265, par. 150; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, [2009] R.J.Q. 2743, par. 87). Néanmoins, le Tribunal a appliqué les bons principes juridiques aux faits mis en preuve; il s'est appuyé sur les arrêts pertinents de la Cour en la matière (par. 330-332). Ces arrêts soulignent qu'une atteinte illicite et intentionnelle au sens de l'art. 49 de la *Charte québécoise* vise notamment l'auteur qui « agit en

immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause" (*Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 121; see also *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 60). The Tribunal concluded that the intention expressed by the mayor of leading a religious battle showed that he intended to achieve the result he did, and to interfere with Mr. Simoneau's right. The Tribunal had a broad discretion to decide on the scale of the appropriate remedies. It gave reasons for its decision, and they are intelligible. It is entitled to deference on these questions.

toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que [sa] conduite engendrera » (*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 121; voir aussi *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 60). Le Tribunal a conclu que la volonté affichée du maire de mener un combat religieux démontrait l'intention d'entraîner le résultat obtenu et l'atteinte au droit de M. Simoneau. Le Tribunal dispose d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider de l'ampleur des réparations convenables. Sa décision est motivée et intelligible. Il a droit à la déférence sur ces questions.

(4) Extrajudicial Fees

(4) Les honoraires extrajudiciaires

[162] The Tribunal refused to award the appellants the reimbursement of their extrajudicial fees. In its view, the respondents' defence did not constitute an improper use of procedure. I would add that to defend oneself vigorously, but legitimately, is not in itself improper. The issue here was an important one, indeed one of public interest. In this Court, the appellants submit that, for the purposes of his action, Mr. Simoneau is substituted for the Commission as a result of s. 84 of the *Quebec Charter*:

[162] Le Tribunal a refusé d'octroyer aux appelants le remboursement de leurs honoraires extrajudiciaires. Il a jugé que les intimés n'ont pas abusé de leur droit d'ester en justice. J'ajouterai que se défendre avec vigueur, mais en toute légitimité, n'est pas en soi abusif. L'enjeu était ici important, voire d'intérêt public. Devant notre Cour, les appelants soutiennent que, aux fins de son recours, M. Simoneau est substitué à la Commission par l'effet de l'art. 84 de la *Charte québécoise* :

84. . . .

Within 90 days after he receives such notification, the complainant may, at his own expense, submit an application to the Human Rights Tribunal to pursue such remedy and, in that case, he is, for the pursuit of the remedy, substituted by operation of law for the commission with the same effects as if the remedy had been pursued by the commission.

84. . . .

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé.

Their argument is that if the Commission had submitted an application to the Tribunal, they would have paid no fees. If the substitution is to have "the same effects", they should be automatically entitled to their extrajudicial fees.

Ils plaident que, si la Commission avait saisi le Tribunal, ils n'auraient déboursé aucuns frais. Pour que la substitution produise « les mêmes effets », ils devraient avoir droit automatiquement à leurs honoraires extrajudiciaires.

[163] This argument is without merit. Section 84 para. 2 provides that the complainant may personally submit an application to the Tribunal "at his

[163] Cette prétention est mal fondée. L'article 84 al. 2 précise que le plaignant peut intenter lui-même son recours devant le Tribunal « à ses frais ».

own expense". In such a case, the complainant is substituted by operation of law for the Commission. There is no basis for concluding that the Commission is automatically entitled to the reimbursement of its extrajudicial fees. On the contrary, s. 126 of the *Quebec Charter* grants the Tribunal a broad discretion to order the reimbursement of costs and disbursements. It is silent regarding the criteria to be applied in exercising this discretion, however. In Quebec, as was held in *Viel v. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), at paras. 72-84, the reimbursement of extrajudicial fees is justified only if a party is guilty of an improper use of procedure. The Tribunal's conclusion that no improper use of procedure occurred in the instant case is certainly reasonable.

VI. Disposition

[164] I would therefore allow the appeal, with costs in this Court and in the Court of Appeal, and restore the conclusions set out in paras. 355, 356, 358, 359 and 360 of the Tribunal's reasons, namely those that (1) declare By-law VS-R-2008-40 inoperative and invalid, although I would specify that this declaration applies only to Mr. Simoneau (para. 355); (2) order the respondents to cease the recitation of the prayer in the chambers where the municipal council meets (para. 356); and (3) order the respondents solidarily to pay Mr. Simoneau $15,000 in compensatory damages (para. 358) and $15,000 in punitive damages (para. 359), with interest plus the additional indemnity and costs, including the expert's fees, which were set at $3,500 (para. 360).

The following are the reasons delivered by

[165] Abella J. — I agree with the majority that the appeal should be allowed, but I have concerns about how the Tribunal's decision was reviewed. In particular, using different standards of review for each different aspect of a decision is a departure from our jurisprudence that risks undermining the framework for how decisions of specialized tribunals are generally reviewed. In *Council of Canadians with*

Dans un tel cas, le plaignant est substitué de plein droit à la Commission. Rien ne permet de conclure que la Commission a automatiquement droit au remboursement de ses honoraires extrajudiciaires. Au contraire, l'art. 126 de la *Charte québécoise* accorde au Tribunal une large discrétion pour ordonner le remboursement des frais et déboursés. Cet article est toutefois silencieux sur les critères qui doivent guider l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Au Québec, selon l'arrêt *Viel c. Entreprises Immobilières du Terroir ltée*, [2002] R.J.Q. 1262 (C.A.), par. 72-84, le remboursement d'honoraires extrajudiciaires n'est justifié que dans les cas où une partie abuse de son droit d'ester en justice. La conclusion du Tribunal sur l'absence d'abus en l'espèce est certes raisonnable.

VI. Dispositif

[164] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel, et de rétablir les conclusions apparaissant aux par. 355, 356, 358, 359 et 360 du jugement du Tribunal, soit celles (1) déclarant inopérant et sans effet le Règlement VS-R-2008-40, en précisant que cette déclaration ne s'applique qu'à M. Simoneau (par. 355); (2) ordonnant aux intimés de cesser la récitation de la prière dans les salles de délibérations du conseil municipal (par. 356); et (3) condamnant solidairement les intimés à verser à M. Simoneau des dommages-intérêts compensatoires de 15 000 $ (par. 358) et des dommages-intérêts punitifs de 15 000 $ (par. 359), avec les intérêts, l'indemnité additionnelle et les dépens, incluant les frais d'expert fixés à 3 500 $ (par. 360).

Version française des motifs rendus par

[165] La juge Abella — À l'instar des juges majoritaires, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, mais j'ai certaines réserves concernant la manière dont la décision du Tribunal a été contrôlée. Plus particulièrement, l'utilisation de normes de contrôle distinctes pour chacun des différents aspects d'une décision marque une rupture avec notre jurisprudence qui risque d'affaiblir le cadre au moyen

Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100, this Court expressly rejected the proposition that a decision of a tribunal can be broken into its many component parts and reviewed under multiple standards of review. And in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, [2011] 3 S.C.R. 708, we confirmed that the reasons of a specialized tribunal must be read as a whole to determine whether the result is reasonable: see also *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 79.

[166] Extricating the question of the "state's duty of religious neutrality that flows from . . . freedom of conscience and religion" and other aspects of the Tribunal's decision from the rest of its discrimination analysis is in direct conflict with this jurisprudence and creates yet another confusing caveat to this Court's attempt in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, to set out a coherent and simplified template for determining which standard of review to apply. It also contradicts *Dunsmuir*'s directive that, based on the specialized expertise of tribunals, reasonableness applies when tribunals are interpreting their home statute: para. 54.

[167] It is true that we also concluded in *Dunsmuir* that if the issue is one of general law that is *both* of central importance to the legal system as a whole *and* outside the adjudicator's specialized area of expertise, correctness applies. But it is important to stress that this is a binary exception to the presumptive application of reasonableness for decisions of specialized tribunals. Evaluating a *component* of an enumerated right more rigorously than the right itself, has the effect of negating the admonition in *Dunsmuir*, at para. 60, that questions of general importance to the legal system attract the correctness

duquel les décisions des tribunaux spécialisés sont généralement contrôlées. Dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100, notre Cour a expressément rejeté la thèse voulant que la décision d'un tribunal administratif puisse être disséquée en ses diverses parties et révisée en fonction de multiples normes de contrôle. Puis, dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708, nous avons confirmé que les motifs d'un tribunal spécialisé doivent être considérés dans leur ensemble afin de décider si le résultat est raisonnable : voir aussi *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 79.

[166] Le fait d'isoler la question du « devoir de neutralité religieuse de l'État qui découle de la liberté de conscience et de religion » ainsi que d'autres aspects de la décision du Tribunal du reste de son analyse portant sur la discrimination va directement à l'encontre de la jurisprudence susmentionnée et crée une exception additionnelle susceptible d'être source de confusion après les efforts déployés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, pour établir une grille cohérente et simplifiée permettant de déterminer la norme de contrôle applicable. Cette façon de faire contredit également la directive donnée dans *Dunsmuir* selon laquelle, eu égard au domaine d'expertise du tribunal administratif, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique lorsque le tribunal interprète sa loi constitutive : par. 54.

[167] Il est vrai que nous avons également conclu, dans *Dunsmuir*, que si la question en litige est une question de droit général qui *à la fois* revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble *et* est étrangère au domaine d'expertise du décideur, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique. Il importe toutefois de souligner qu'il s'agit là d'une exception binaire à la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable aux décisions des tribunaux administratifs spécialisés. Le fait d'évaluer un *élément* d'un droit énuméré plus rigoureusement que

standard *only if* they are outside the tribunal's expertise.

[168] In this case, we are dealing with a human rights tribunal. Its mandate is to determine whether discrimination has occurred based on a number of enumerated rights. One of those rights is freedom of religion and conscience. This is undoubtedly a question of "central importance to the legal system as a whole", but far from being "outside the adjudicator's specialized area of expertise", it is the Tribunal's daily fare. Since state neutrality is about what the role of the state is in protecting freedom of religion, part of the inquiry into freedom of religion necessarily engages the question of state religious neutrality. It is not a transcendent legal question meriting its own stricter standard, it is an inextricable part of deciding whether discrimination based on freedom of religion has taken place. As the majority reasons themselves state, the duty of state religious neutrality "*flows from* freedom of conscience and religion". Like freedom of conscience and religion, its application depends on the context. It is not an immutable criterion which yields consistent measurements, it is, like the right from which it flows, an important concept that both forms and takes its shape from the circumstances. To extricate it from the discrimination analysis as being of singular significance "to the legal system as a whole", elevates it from its contextual status into a defining one.

[169] Ironically, this has the effect of subjecting one aspect of freedom of religion to more rigorous scrutiny than the main issue of whether the right itself has been violated and there has been discrimination, a question we have traditionally subjected

le droit lui-même a pour effet de réduire à néant la mise en garde formulée dans *Dunsmuir*, par. 60, et selon laquelle les questions d'importance générale pour le système juridique sont assujetties à la norme de la décision correcte *uniquement si* elles sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal administratif.

[168] En l'espèce, l'affaire qui nous occupe concerne un tribunal des droits de la personne. Ce dernier a pour mandat de décider s'il y a eu discrimination fondée sur un certain nombre de droits énumérés. Un de ces droits est la liberté de religion et de conscience. C'est indubitablement une question qui revêt une « importance capitale pour le système juridique dans son ensemble », mais qui est loin d'être « étrangère au domaine d'expertise [du décideur] », en fait, ce genre de questions est le lot quotidien du Tribunal. Comme la neutralité de l'État concerne le rôle de ce dernier dans la protection de la liberté de religion, une partie de l'analyse portant sur la liberté de religion fait nécessairement intervenir la question de la neutralité religieuse de l'État. Cette question n'est pas une question de droit transcendante qui mérite sa propre norme plus stricte, elle est un aspect inextricable du fait de décider s'il y a eu ou non discrimination fondée sur la liberté de religion. Comme le précisent les motifs mêmes de la majorité, le devoir de neutralité religieuse de l'État « *découle de* la liberté de conscience et de religion ». Tout comme la liberté de conscience et de religion, l'application de ce devoir dépend du contexte. Il ne constitue pas un critère immuable produisant des résultats uniformes, il est, à l'instar du droit dont il découle, un concept important qui à la fois détermine les circonstances et est façonné par celles-ci. Le fait d'isoler cette question de l'analyse de la discrimination au motif qu'elle possède une valeur singulière « pour le système juridique dans son ensemble » a pour effet de relever son statut de contextuel à déterminant.

[169] Ironiquement, cette approche a pour effet de soumettre un aspect de la liberté de religion à un examen plus rigoureux que la question principale de savoir si le droit lui-même a été violé et s'il y a eu discrimination, question que nous avons

to a reasonableness standard. Surely the various elements of an enumerated right, such as state religious neutrality in the case of freedom of religion, deserve no more heightened scrutiny than the right itself.

[170] We have never dissected the right in order to subject its components to different levels of scrutiny. What we have considered instead is whether the decision as a whole should be upheld as reasonable. In *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, for example, this Court reviewed the British Columbia Human Rights Tribunal's decision that the failure to provide educational support to a child with dyslexia constituted discrimination on the basis of disability. We did not subject the questions of how the tribunal interpreted disability, or the role of education, or how public funds are dispersed, to separate standards of review. Each of these components is undoubtedly of central importance to the legal system, but each is also inextricably tied to the ultimate issue, namely whether discrimination took place, an issue at the core of a human rights tribunal's specialized mandate.

[171] And in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, [2013] 1 S.C.R. 467, where this Court reviewed the Saskatchewan Human Rights Tribunal's decision that certain flyers constituted discrimination based on sexual orientation, a reasonableness standard was applied. Again, we did not excavate the decision to find and separately scrutinize aspects of the tribunal's discrimination analysis that might be of central importance to the legal system.

[172] *All* issues of discrimination are of central importance to the legal system, but they are also, because of that very importance, issues legislatures

traditionnellement assujettie à la norme de la décision raisonnable. Les divers éléments d'un droit énuméré, par exemple la neutralité religieuse de l'État dans le cas de la liberté de religion, ne commandent assurément pas un examen plus rigoureux que le droit lui-même.

[170] Nous n'avons jamais disséqué un droit afin de soumettre ces différents éléments à divers degrés d'examen. Ce que nous nous demandons plutôt c'est si la décision dans son ensemble doit être confirmée parce qu'elle est raisonnable. Par exemple, dans *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, la Cour a contrôlé la décision du tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique selon laquelle le refus de fournir des mesures d'appui à l'éducation en faveur d'un enfant atteint de dyslexie constituait de la discrimination fondée sur une déficience. Nous n'avons pas assujetti à des normes de contrôle distinctes la question de l'interprétation par le tribunal de la notion de déficience, la question du rôle de l'éducation et la question de l'affectation des deniers publics. Chacun de ces éléments revêt indubitablement une importance capitale pour le système juridique, mais ils sont également tous inextricablement liés à la question ultime à trancher, à savoir l'existence ou non de discrimination, question qui touche au cœur du mandat spécialisé d'un tribunal des droits de la personne.

[171] Et, dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, affaire où la Cour était appelée à contrôler la décision du tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan selon laquelle certains tracts qui avaient été publiés et distribués constituaient de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la norme de la décision raisonnable été appliquée. Là encore, nous n'avons pas disséqué la décision afin de trouver et d'examiner séparément chacun des aspects de l'analyse du tribunal administratif sur la discrimination susceptibles d'avoir une importance capitale pour le système juridique.

[172] *Toutes* les questions liées à la discrimination revêtent une importance capitale pour le système juridique, mais elles sont également, du fait

across the country have assigned to specialized tribunals with expertise in human rights, not to the generalist courts. Atomizing what is meant to be a holistic approach to determining whether discrimination has occurred, undermines an analysis that requires careful scrutiny of *all* of the interconnected relevant factual and legal parts.

[173] My final concern is a practical one. What do we tell reviewing courts to do when they segment a tribunal decision and subject each segment to different standards of review only to find that those reviews yield incompatible conclusions? How many components found to be reasonable or correct will it take to trump those found to be unreasonable or incorrect? Can an overall finding of reasonableness or correctness ever be justified if one of the components has been found to be unreasonable or incorrect? If we keep pulling on the various strands, we may eventually find that a principled and sustainable foundation for reviewing tribunal decisions has disappeared. And then we will have thrown out *Dunsmuir*'s baby with the bathwater.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Alarie Legault, Montréal.

Solicitors for the respondents: Cain Lamarre Casgrain Wells, Saguenay and Montréal.

Solicitors for the intervener the Human Rights Tribunal: Lafortune Cadieux, Montréal.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and

même de cette importance, des questions que les législateurs à travers le pays ont confiées à des tribunaux administratifs spécialisés possédant de l'expertise en matière de droits de la personne, et non aux tribunaux judiciaires généralistes. Le fait d'atomiser ce qui est censé être une démarche holistique permettant de décider s'il y a eu discrimination affaiblit une analyse qui requiert un examen minutieux de *tous* les aspects factuels et juridiques interreliés pertinents.

[173] Ma dernière préoccupation est d'ordre pratique. Que disons-nous aux cours de révision de faire lorsqu'elles segmentent la décision d'un tribunal administratif et soumettent chacun de ces segments à une norme de contrôle distincte, mais constatent après coup que ces différentes analyses produisent des conclusions incompatibles? Combien faudra-t-il d'éléments jugés raisonnables ou corrects pour que ceux-ci l'emportent sur les éléments jugés déraisonnables ou incorrects? Est-ce qu'un jugement concluant globalement au caractère raisonnable ou correct de la décision attaquée pourrait jamais être justifié si l'un des éléments de cette décision a été jugé déraisonnable ou incorrect? Si nous continuons de tirer sur les divers filaments, nous risquons éventuellement de constater que les assises présidant à un contrôle raisonné et défendable des décisions des tribunaux administratifs ont disparu. Et nous aurons alors jeté le bébé de *Dunsmuir* avec l'eau du bain.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Alarie Legault, Montréal.

Procureurs des intimés : Cain Lamarre Casgrain Wells, Saguenay et Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal des droits de la personne : Lafortune Cadieux, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom

Association des parents catholiques du Québec: Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Secular Alliance: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Montréal.

Alliance et l'Association des parents catholiques du Québec : Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Secular Alliance : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : McCarthy Tétrault, Montréal.

Peter W. G. Carey *Appellant*

v.

Judith Laiken *Respondent*

Indexed as: Carey *v.* Laiken

2015 SCC 17

File No.: 35597.

2014: December 10; 2015: April 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Contempt of court — Required intent — Mareva injunction issued enjoining any person with knowledge of order from disposing of or otherwise dealing with assets of lawyer's client — Lawyer having knowledge of injunction but returning trust account funds to client — Lawyer not found in contempt on basis that terms of order not clear and lawyer's interpretation of order not deliberately and wilfully blind — Whether intent to interfere with administration of justice required to prove civil contempt — Whether lawyer in contempt.

Courts — Judges — Jurisdiction — Contempt of court — Motions judge's discretion to revisit contempt finding — Lawyer breaching terms of injunction found in contempt — Lawyer moving to reopen contempt hearing — Motions judge setting aside initial contempt finding — Whether motions judge erred in setting aside initial contempt finding — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 60.11.

L brought contempt proceedings against C, alleging that he had breached the terms of a *Mareva* injunction by returning over $400,000 to his client S for whom he was holding it in trust. The injunction was issued in the course of litigation between L, S and related parties. It enjoined any person with knowledge of the order from disposing of, or otherwise dealing with, the assets of various parties,

Peter W. G. Carey *Appelant*

c.

Judith Laiken *Intimée*

Répertorié : Carey *c.* Laiken

2015 CSC 17

N° du greffe : 35597.

2014 : 10 décembre; 2015 : 16 avril.

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

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

Procédure civile — Outrage au tribunal — Intention requise — Prononcé d'une injonction Mareva interdisant à toute personne qui en connaît l'existence de se départir des actifs d'un client de l'avocat ou de les utiliser à d'autres fins — Avocat ayant connaissance de l'existence de l'injonction retourne malgré tout à son client des fonds détenus dans son compte en fiducie — Avocat déclaré non coupable d'outrage au motif que les prescriptions de l'ordonnance n'étaient pas claires et que l'interprétation de celle-ci par l'avocat n'était pas le fruit d'un aveuglement volontaire — L'intention d'entraver l'administration de la justice est-elle requise pour prouver l'outrage civil? — L'avocat s'est-il rendu coupable d'outrage?

Tribunaux — Juges — Compétence — Outrage au tribunal — Pouvoir discrétionnaire du juge des motions de réexaminer une conclusion d'outrage — Avocat ayant contrevenu aux prescriptions d'une injonction trouvé coupable d'outrage — Demande de l'avocat pour rouvrir l'audience relative à l'outrage — Annulation par la juge des motions de sa décision initiale d'outrage — La juge des motions a-t-elle commis une erreur en annulant sa décision initiale d'outrage? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, art. 60.11.

L a engagé une procédure pour outrage contre C, alléguant qu'il avait violé les prescriptions d'une injonction *Mareva* en remettant à S, son client, plus de 400 000 $ qu'il détenait pour lui en fiducie. L'injonction a été délivrée dans le contexte d'un litige entre L, d'une part, et S ainsi que des personnes liées, d'autre part. Elle interdisait à toute personne au courant de l'existence de

including those of S. The motions judge initially found C in contempt. She was satisfied that the injunction was clear and that C had knowingly and deliberately breached it by transferring the funds. When the parties reappeared before the motions judge for determination of the appropriate penalty, C moved to reopen the contempt hearing. He filed new evidence in support of his assertion that he had acted in a manner consistent with the practice of counsel generally, and he testified about what he perceived to be his professional obligations and his motivations in dealing with the trust funds. Based on the new evidence, the motions judge set aside her previous finding of contempt. The Court of Appeal allowed the appeal and restored the initial contempt finding.

Held: The appeal should be dismissed.

The law does not require that a person breach an injunction contumaciously or with intent to interfere with the administration of justice in order to satisfy the elements of civil contempt. All that is required to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act or omission that is in breach of a clear order of which the alleged contemnor has notice. Contumacious intent or lack thereof goes to the penalty to be imposed following a finding of contempt, not to liability. Furthermore, there is no principled reason to depart from the established elements of civil contempt in situations in which compliance with a court order has become impossible either because the act that constituted the contempt cannot be undone or because of a conflicting legal duty. Where a person's own actions contrary to the terms of a court order make further compliance impossible, it is neither logical nor just to require proof of some higher degree of fault in order to establish contempt. It also undermines one of the purposes of contempt findings — to deter violations of court orders — to treat with special charity people whose acts in violation of an order make subsequent compliance impossible. The fact that civil contempt is quasi-criminal in nature also provides no justification for carving out a distinct mental element for particular types of civil contempt cases. Nor does reliance on legal advice shield a party from a finding of contempt. The law should not permit lawyers to escape a finding of contempt because they have, in effect, relied on their own legal advice. Further still, where a lawyer acts for a client in relation to an order to which the client is a party, he or

l'ordonnance de se départir des biens de différentes parties, y compris S, ou de les utiliser à d'autres fins. La juge des motions a initialement déclaré C coupable d'outrage. Elle était convaincue que l'injonction était clairement formulée et que C l'avait sciemment et délibérément violée en transférant les fonds. Lorsque les parties ont comparu de nouveau devant la juge des motions pour la détermination de la peine, C a demandé la réouverture de l'audience relative à l'outrage. Il a déposé de nouveaux éléments de preuve à l'appui de son affirmation selon laquelle il avait agi conformément à la pratique habituelle des avocats et il a aussi témoigné sur ce qu'il considérait comme ses obligations professionnelles et ses motivations lorsqu'il s'occupait des fonds en fiducie. Compte tenu de la nouvelle preuve, la juge des motions a annulé sa conclusion d'outrage. La Cour d'appel a accueilli l'appel et rétabli la conclusion initiale d'outrage.

Arrêt : L'appel est rejeté.

Le droit n'exige pas qu'une personne viole une injonction avec l'intention de désobéir ou avec celle d'entraver l'administration de la justice pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage civil. Pour établir l'outrage civil, il suffit de prouver hors de tout doute raisonnable que son auteur présumé a intentionnellement commis un acte — ou omis d'agir — en violation d'une ordonnance claire dont il avait connaissance. L'intention de désobéir ou l'absence d'une telle intention se rapporte à la peine à infliger par suite d'une conclusion d'outrage plutôt qu'à la responsabilité. En outre, il n'existe aucune raison logique de déroger aux éléments constitutifs de l'outrage civil reconnus dans des cas où il est devenu impossible de se conformer à l'ordonnance rendue par le tribunal soit parce que l'acte qui le constituait ne peut pas être annulé ou parce qu'une obligation légale contradictoire l'empêche de s'y conformer. Lorsque les agissements contraires aux modalités d'une ordonnance judiciaire de la personne elle-même font en sorte qu'il est impossible de respecter l'ordonnance à l'avenir, il n'est ni logique ni juste d'exiger une preuve d'un degré plus élevé de faute pour établir qu'il y a eu outrage. Il va aussi à l'encontre d'un des objectifs d'une conclusion d'outrage — soit de décourager la violation des ordonnances judiciaires — de faire preuve d'une indulgence particulière envers les personnes ayant commis des actes qui sont contraires à une ordonnance et qui en empêchent le respect pour l'avenir. Le fait que l'outrage civil soit de nature quasi criminelle ne justifie par ailleurs pas la création d'un élément moral distinct pour certains cas d'outrage

she should be held to the same standard of compliance with that order as the client.

In this case, C was in contempt. The *Mareva* injunction clearly prohibited dealing with money held in trust, and C's other conduct showed that he understood that. Even assuming that the existence of the funds was protected by solicitor-client privilege at the time of the transfer, C's assumed duty to guard that privilege did not conflict with his duty to comply with the order. C needed only to leave the funds in his trust account once they had been deposited there in order to fulfill both duties. Moreover, leaving the funds in his trust account would not have conflicted with his other asserted professional obligations. It is also no answer for C to say that he breached the order so that he would avoid the possibility of a future ethical dilemma, in the event that L obtained judgment against his client and he might have to decide how to comply with any solicitor-client privilege obligations, with the *Mareva* injunction and with any duty to avoid assisting his client in evading execution arising from the judgment. In any event, even accepting that C believed that there was a true conflict, there were appropriate avenues open to him other than making a unilateral decision to breach the order.

While the *Rules of Civil Procedure* do not prescribe the form of contempt proceedings, as a general rule, they are bifurcated into a liability phase — where the case on liability proceeds and a defence is offered — and, if liability is established, a penalty phase. Once a finding of contempt has been made at the first stage, that finding is usually final and may only be revisited in certain circumstances, such as where the contemnor subsequently complies with the order or otherwise purges his or her contempt, or in exceptional circumstances, where new facts or evidence have come to light after the contempt finding was made. In this case, the motions judge erred in exercising her discretion to permit C to relitigate the initial contempt finding. C's attack on the motions judge's earlier finding was based on evidence he ought to have filed at the first hearing. Moreover, as the Court of Appeal stated, a party faced with a contempt motion is not entitled to

civil. Le fait de se fier à des conseils juridiques ne protège pas non plus une partie contre une conclusion d'outrage. Le droit ne devrait pas permettre aux avocats d'éviter d'être déclarés coupables d'outrage parce qu'ils se sont, dans les faits, fondés sur leurs propres conseils juridiques. En outre, lorsqu'un avocat représente un client dans une procédure en lien avec une ordonnance à laquelle ce dernier est partie, il devrait être tenu à la même norme de respect de l'ordonnance que son client.

En l'espèce, C s'est rendu coupable d'outrage. L'injonction *Mareva* interdisait clairement que l'argent détenu en fiducie fasse l'objet de quelque opération que ce soit, et les autres agissements de C indiquaient qu'il le comprenait. Même en tenant pour acquis que l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel au moment du transfert, l'obligation qu'a assumée C relativement au secret professionnel n'était pas incompatible avec son obligation de respecter l'ordonnance. Pour s'acquitter des deux obligations, il n'avait qu'à laisser les fonds dans son compte en fiducie après qu'ils y eurent été déposés. De plus, il n'aurait pas été contraire aux autres obligations professionnelles de C qu'il laisse les fonds dans son compte en fiducie. C ne peut en outre pas prétendre qu'il a violé l'ordonnance pour éviter un futur dilemme éthique advenant le prononcé d'un jugement en faveur de L contre son client et qu'il pourrait devoir décider comment réussir à s'acquitter des obligations qui lui incombent en matière de secret professionnel et à respecter l'ordonnance *Mareva* tout en se conformant à son obligation d'éviter d'aider son client à se soustraire à l'exécution du jugement. Quoi qu'il en soit, même si l'on admet que C croyait qu'il y avait un véritable conflit, des solutions appropriées s'offraient à lui, mis à part celle de décider unilatéralement de violer l'ordonnance.

Les *Règles de procédure civile* ne précisent pas la forme que doivent prendre les procédures pour outrage. Cependant, en général, elles sont scindées en deux étapes distinctes : l'étape relative à la responsabilité — durant laquelle la question de la responsabilité est soulevée et un moyen de défense est invoqué — puis, si la responsabilité est établie, l'étape de la détermination de la peine. Une fois qu'une conclusion d'outrage a été tirée à la première étape, cette conclusion est habituellement définitive et ne peut faire l'objet d'un réexamen que dans certaines circonstances, par exemple lorsque l'auteur de l'outrage se conforme ultérieurement à l'ordonnance ou qu'il fait amende honorable ou encore, dans des circonstances exceptionnelles, quand de nouveaux faits ou éléments de preuve sont révélés après que la conclusion d'outrage eut été tirée. En l'espèce, la juge des motions a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en

present a partial defence at the liability stage and then, if the initial gambit fails, have a second "bite at the cherry" at the penalty stage. This would defeat the purpose of the first hearing.

permettant à C de remettre en cause la conclusion initiale d'outrage. La contestation de la conclusion antérieure de la juge des motions était fondée sur des éléments de preuve qu'il aurait dû fournir lors de la première audience. De plus, comme l'a souligné la Cour d'appel, la partie qui fait l'objet d'une motion pour outrage n'a pas le droit de présenter une défense partielle à l'étape de la responsabilité et ensuite, si le plan initial échoue, d'avoir une deuxième chance à l'étape de la détermination de la peine. Cela irait à l'encontre de l'objet de la première audience.

Cases Cited

Referred to: *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Chiang (Trustee of) v. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655; *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217; *Jackson v. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210; *TG Industries Ltd. v. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Soper v. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303; *Jaskhs Enterprises Inc. v. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262; *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463; *Sheppard v. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4; *Hefkey v. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65; *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065; *Daigle v. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Morrow, Power v. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334; *Sussex Group Ltd. v. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274; *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849; *Canada Metal Co. v. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641, aff'd (1975), 65 D.L.R. (3d) 231; *Customs and Excise Commissioners v. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181; *Attorney General v. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046; *Z Ltd. v. A-Z*, [1982] 1 Q.B. 558; *Baker v. Paul*, [2013] NSWCA 426; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Chiang (Trustee of) c. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655; *Prescott-Russell Services for Children and Adults c. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217; *Jackson c. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210; *TG Industries Ltd. c. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204; *Soper c. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303; *Jaskhs Enterprises Inc. c. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262; *Culligan Canada Ltd. c. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463; *Sheppard c. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4; *Hefkey c. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65; *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663; *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065; *Daigle c. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81; *Morrow, Power c. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334; *Sussex Group Ltd. c. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274; *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849; *Canada Metal Co. c. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641, conf. par (1975), 65 D.L.R. (3d) 231; *Customs and Excise Commissioners c. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181; *Attorney General c. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046; *Z Ltd. c. A-Z*, [1982] 1 Q.B. 558; *Baker c. Paul*, [2013] NSWCA 426; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188.

Statutes and Regulations Cited

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 60.11.

Authors Cited

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2014, release 23).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Sharpe and Gillese JJ.A.), 2013 ONCA 530, 310 O.A.C. 209, 116 O.R. (3d) 641, 367 D.L.R. (4th) 415, 52 C.P.C. (7th) 144, [2013] O.J. No. 3891 (QL), 2013 CarswellOnt 11824 (WL Can.), setting aside a decision of Roberts J., 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL), 2012 CarswellOnt 17537 (WL Can.), and restoring her initial contempt order. Appeal dismissed.

Patricia D. S. Jackson and *Rachael Saab*, for the appellant.

Kevin Toyne and *John Philpott*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] Contempt of court proceedings against lawyers are rare; so are situations in which judges reverse their own previous findings. But this case, which gives the Court the opportunity to clarify some aspects of the common law of civil contempt of court, has both of these unusual elements.

[2] The appellant, Peter Carey, is a lawyer who was the object of contempt proceedings for allegedly breaching the terms of an injunction. He was initially found in contempt by a judge of the Ontario Superior Court of Justice, but the judge revisited that finding and reversed it when the matter came back before her for consideration of the appropriate penalty.

Lois et règlements cités

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 60.11.

Doctrine et autres documents cités

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1992 (loose-leaf updated November 2014, release 23).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Sharpe et Gillese), 2013 ONCA 530, 310 O.A.C. 209, 116 O.R. (3d) 641, 367 D.L.R. (4th) 415, 52 C.P.C. (7th) 144, [2013] O.J. No. 3891 (QL), 2013 CarswellOnt 11824 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Roberts, 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL), 2012 CarswellOnt 17537 (WL Can.), puis rétabli son ordonnance initiale pour outrage au tribunal. Pourvoi rejeté.

Patricia D. S. Jackson et *Rachael Saab*, pour l'appelant.

Kevin Toyne et *John Philpott*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Il est rare que des procédures pour outrage au tribunal soient intentées contre des avocats. Les cas où les juges infirment leurs propres conclusions sont également rares. Or, le présent pourvoi, qui donne à la Cour l'occasion de clarifier certains aspects des règles de common law en matière d'outrage civil au tribunal, comporte ces deux éléments particuliers.

[2] L'appelant, Peter Carey, est un avocat qui a fait l'objet d'une procédure pour outrage du fait qu'il aurait violé les prescriptions d'une injonction. Il a initialement été reconnu coupable d'outrage au tribunal par une juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, mais cette dernière a réexaminé sa décision et l'a infirmée quand elle a de nouveau été

The Court of Appeal set the judge's second decision aside and found Mr. Carey in contempt. He now appeals to this Court, raising three questions:

1. To have committed contempt, did Mr. Carey have to intend to interfere with the administration of justice?

2. Was Mr. Carey in contempt?

3. Was it open to the judge to set aside her initial finding of contempt?

[3] I conclude that the Court of Appeal for Ontario was correct to answer the first and third questions in the negative and the second in the affirmative: to be in contempt, Mr. Carey did not need to intend to interfere with the administration of justice; Mr. Carey was in contempt and his obligations to his client did not justify or excuse his breaching the injunction; and it was not open to the judge to set aside her initial finding of contempt. I would therefore dismiss the appeal with costs.

[4] The factual and procedural context in which these issues arise is complicated and I will turn to that before getting into the legal analysis that has led me to these conclusions.

II. Background

A. *Overview*

[5] The appeal arises out of Mr. Carey's alleged breach of a so-called *Mareva* injunction that enjoined any person with knowledge of the order from "disposing of, or otherwise dealing with" any assets of various parties, including Peter Sabourin for whom Mr. Carey acted. The injunction was issued in the course of litigation between the respondent, Judith Laiken, and Mr. Sabourin and related parties. Ultimately, Ms. Laiken obtained a judgment against Mr. Sabourin and his companies for roughly $1 million and costs.

saisie de l'affaire dans le but de déterminer la peine appropriée. La Cour d'appel a annulé la seconde décision de la juge et a reconnu M[e] Carey coupable d'outrage. Ce dernier se pourvoit maintenant devant la Cour et soulève trois questions :

1. Pour commettre un outrage, M[e] Carey devait-il avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice?

2. Maître Carey s'est-il rendu coupable d'outrage?

3. La juge pouvait-elle annuler sa conclusion initiale d'outrage?

[3] J'estime que la Cour d'appel de l'Ontario a eu raison de répondre par la négative aux première et troisième questions et par l'affirmative à la deuxième : pour être coupable d'outrage, M[e] Carey n'avait pas à avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice; il s'est rendu coupable d'outrage et les obligations dont il devait s'acquitter envers son client ne pouvaient pas justifier ou excuser sa violation de l'injonction; et la juge ne pouvait pas annuler sa conclusion initiale d'outrage. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

[4] Le contexte factuel et procédural dans lequel ces questions sont soulevées est compliqué et je vais l'examiner avant de passer à l'analyse juridique qui m'a emmené à tirer ces conclusions.

II. Contexte

A. *Aperçu*

[5] Le pourvoi découle de la présumée violation par M[e] Carey d'une injonction dite *Mareva* qui interdisait à toute personne au courant de l'existence de l'ordonnance de [TRADUCTION] « se départir » des biens de différentes parties, y compris Peter Sabourin que représentait M[e] Carey, ou « de les utiliser à d'autres fins ». L'injonction a été délivrée dans le contexte d'un litige entre l'intimée, Judith Laiken, d'une part, et M. Sabourin ainsi que des personnes liées, d'autre part. En fin de compte, M[me] Laiken a obtenu un jugement contre M. Sabourin et ses compagnies pour la somme d'environ un million de dollars, plus les dépens.

[6] Following the conclusion of this litigation, Ms. Laiken brought contempt proceedings against Mr. Carey, who unquestionably had knowledge of the injunction. She alleged he had breached its terms by returning to Mr. Sabourin over $400,000 that Mr. Carey was holding in trust for him. These contempt proceedings have led to the appeal before this Court.

B. *The Litigation Leading to the Injunction*

[7] Ms. Laiken retained Mr. Sabourin and his group of companies to conduct off-shore security trades on her behalf. To this end, she transferred approximately $885,000 to various bank accounts he and his businesses held. Ultimately, these funds were lost and, unsurprisingly, the business relationship between Ms. Laiken and Mr. Sabourin soured. In 2000, he sued her for $364,000, alleging a deficit in her margin account. She counterclaimed for over $800,000, alleging that he had defrauded her. Mr. Carey represented Mr. Sabourin and his business entities in these proceedings.

[8] Ms. Laiken obtained an *ex parte Mareva* injunction from the Ontario Superior Court of Justice freezing the assets of the defendants to her counterclaim, including Mr. Sabourin. The injunction had broad terms. It prohibited, among other things, Mr. Sabourin and any person with knowledge of the order from "disposing of, or otherwise dealing with" any of Mr. Sabourin's assets: Order of May 4, 2006, by Campbell J. (see A.R., vol. I, at p. 2). The injunction also directed any person with knowledge of it to "take immediate steps to prevent the . . . transfer" of the assets, including those held in "trust accounts" in that person's power, possession or control (*ibid.*). The Superior Court of Justice continued the injunction on multiple occasions with the understanding that the parties needed to work out between themselves variations to it to allow for payment of legal fees and living expenses. However, the injunction was never formally amended.

[6] Après la conclusion de ce litige, M^me^ Laiken a engagé une procédure pour outrage contre M^e^ Carey qui, incontestablement, était au courant de l'existence de l'injonction. Elle a allégué qu'il avait violé les prescriptions de cette dernière en remettant à M. Sabourin plus de 400 000 $ qu'il détenait pour lui en fiducie. Cette procédure pour outrage a donné lieu au présent pourvoi.

B. *Le litige ayant mené à l'injonction*

[7] Madame Laiken a retenu les services de M. Sabourin et de son groupe d'entreprises pour qu'il effectue, en son nom, des opérations à l'étranger sur des valeurs mobilières. À cette fin, elle a transféré environ 885 000 $ dans divers comptes bancaires détenus par M. Sabourin et ses entreprises. Au final, ces fonds ont été perdus et, fait peu surprenant, la relation d'affaires entre M^me^ Laiken et M. Sabourin s'est détériorée. En 2000, ce dernier a poursuivi sa cliente pour 364 000 $ parce que son compte sur marge était déficitaire. Madame Laiken a présenté une demande reconventionnelle pour plus de 800 000 $ au motif que M. Sabourin l'avait escroquée. Maître Carey représentait ce dernier et ses entreprises dans le cadre de ces procédures.

[8] Madame Laiken a obtenu de la Cour supérieure de justice de l'Ontario une injonction *Mareva ex parte* qui a gelé les biens des défendeurs reconventionnels, y compris ceux de M. Sabourin. L'injonction était formulée en termes généraux. Elle interdisait notamment à M. Sabourin et à toute autre personne au courant de l'existence de l'ordonnance de [TRADUCTION] « se départir » des biens de M. Sabourin, ou « de les utiliser à d'autres fins » : ordonnance du 4 mai 2006, juge Campbell (voir d.a., vol. I, p. 2). L'injonction ordonnait aussi à toute personne au courant de son existence de « prendre immédiatement des mesures pour éviter le [. . .] transfert » des biens, y compris ceux détenus dans les « comptes en fiducie » en sa possession, sous son autorité ou sous son contrôle (*ibid.*). La Cour supérieure de justice a maintenu l'injonction à plusieurs reprises après avoir convenu que les parties devaient s'entendre sur les modifications à y apporter pour permettre le paiement des honoraires juridiques et des frais de subsistance. L'injonction n'a toutefois jamais été formellement modifiée.

[9] A few months after the initial order had been made Mr. Sabourin sent Mr. Carey a cheque for $500,000. No instructions accompanied the cheque and Mr. Carey could not reach Mr. Sabourin to obtain instructions. Pursuant to Law Society of Upper Canada by-law requirements, Mr. Carey deposited the cheque in his trust account, applying some of the money towards Mr. Sabourin's outstanding legal fees, since the parties had agreed that the injunction did not prohibit the payment of reasonable legal fees.

[10] Mr. Sabourin later called Mr. Carey and told him to use the rest of the funds to settle the claims of creditors represented by Bill Brown, who had invested in the Sabourin entities. Mr. Carey advised Mr. Sabourin that he could not do that because making a payment to a third-party creditor would breach the injunction. Mr. Sabourin then instructed Mr. Carey to attempt to negotiate a settlement with Ms. Laiken.

[11] A few days later, during a conference call with Messrs. Brown and Carey, Mr. Sabourin advised that Mr. Carey was holding some $500,000 in trust. The money, he said, was intended for Mr. Brown, but the injunction prohibited Mr. Carey from paying it to him.

[12] Mr. Carey could not reach a settlement with Ms. Laiken's lawyers. At no point did he reveal to them the existence of the trust money. After the failed settlement negotiations, Mr. Sabourin instructed Mr. Carey to return the balance of the funds to him, which Mr. Carey did after deducting an amount to cover future legal fees. Mr. Carey transferred a total of $440,000 back to Mr. Sabourin in October and November 2006.

[13] Early in 2007, Mr. Sabourin called Mr. Carey and terminated his retainer and instructed him to take no further steps until he had retained new counsel. Shortly after this call, Mr. Sabourin went out of business and vanished. Mr. Carey never received a

[9] Quelques mois après le prononcé de la première ordonnance, M. Sabourin a envoyé à M^e^ Carey un chèque de 500 000 $. Aucune directive n'accompagnait le chèque et M^e^ Carey a été incapable de rejoindre son client pour obtenir des instructions. Conformément aux exigences de la réglementation du Barreau du Haut-Canada, M^e^ Carey a déposé le chèque dans son compte en fiducie, et ce, tout en appliquant une partie de l'argent aux honoraires impayés de M. Sabourin, puisque les parties avaient convenu que l'injonction n'interdisait pas le paiement d'honoraires juridiques raisonnables.

[10] Monsieur Sabourin a appelé M^e^ Carey ultérieurement pour lui dire d'utiliser le reste des fonds afin de régler les réclamations des créanciers représentés par Bill Brown et qui avaient investi dans ses entreprises. Maître Carey a informé M. Sabourin qu'il ne pouvait pas obtempérer à sa demande parce que le versement d'un paiement à un tiers créancier constituerait une violation de l'injonction. Monsieur Sabourin a alors demandé à M^e^ Carey d'essayer de négocier un règlement avec M^me^ Laiken.

[11] Quelques jours plus tard, durant une téléconférence avec M. Brown et M^e^ Carey, M. Sabourin a mentionné que ce dernier détenait environ 500 000 $ en fiducie. L'argent, a-t-il dit, était destiné à M. Brown, mais l'injonction empêchait M^e^ Carey de le lui verser.

[12] Maître Carey n'est pas parvenu à un règlement avec les avocats de M^me^ Laiken. En aucun temps il ne leur a révélé l'existence de l'argent détenu en fiducie. Après l'échec des négociations en vue d'un règlement, M. Sabourin a demandé à M^e^ Carey de lui remettre le reste des fonds, ce que M^e^ Carey a fait après avoir déduit un certain montant pour couvrir ses honoraires futurs. Maître Carey a remis à M. Sabourin en octobre et en novembre 2006 un montant total de 440 000 $.

[13] Au début de l'année 2007, M. Sabourin a appelé M^e^ Carey, a mis fin à son mandat de représentation et lui a demandé de ne rien faire jusqu'à ce qu'il ait retenu les services d'un nouvel avocat. Peu de temps après cet appel, M. Sabourin a cessé

notice of change of lawyers and remained counsel of record in the Laiken-Sabourin litigation.

[14] Later that year, Mr. Brown obtained judgment against Mr. Sabourin and receivership over his assets and those of his companies. Advised of the trust funds that Mr. Carey had held for Mr. Sabourin, the receiver demanded that Mr. Carey provide a full accounting of these funds. Mr. Carey replied that he had received $500,000 from Mr. Sabourin, returned $440,000 and that just over $6,000 remained in the trust account. Mr. Carey indicated that he felt he could provide this information without violating any solicitor-client privilege, but he refused to provide additional information or documents that he thought might be privileged. A further court order required Mr. Carey to give a "full accounting of all funds" from Mr. Sabourin, which he provided.

[15] In November 2007, Ms. Laiken obtained summary judgment dismissing Mr. Sabourin's claim against her and granting her over $1 million in damages and costs on her counterclaim for fraud.

C. *The Contempt Proceedings*

[16] Ms. Laiken applied to have Mr. Carey found in contempt. She alleged that he breached the *Mareva* injunction by returning the $440,000 in his trust account to Mr. Sabourin. The series of decisions related to this motion led ultimately to the appeal before us.

[17] In Ontario, civil contempt proceedings are governed by rule 60.11 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Under this rule, a party may move to obtain a contempt order: rule 60.11(1). A judge, in dealing with such a motion, can "make such order as is just" and, following "a finding" of contempt, he or she may order the contemnor to be

ses activités et a disparu. Maître Carey n'a jamais reçu d'avis de changement d'avocat et il est resté l'avocat inscrit au dossier dans l'affaire Laiken-Sabourin.

[14] Plus tard la même année, M. Brown a obtenu un jugement contre M. Sabourin ainsi qu'une ordonnance de mise sous séquestre de ses biens et de ceux de ses entreprises. Comme il a été informé de l'existence des fonds en fiducie que M^e^ Carey avait détenus pour M. Sabourin, le séquestre a demandé à M^e^ Carey de lui fournir une reddition de compte complète de ces fonds. Maître Carey a répondu qu'il avait reçu 500 000 $ de M. Sabourin, qu'il lui avait remis 440 000 $ et qu'il restait à peine plus de 6 000 $ dans le compte. Maître Carey a indiqué qu'il estimait pouvoir fournir ces renseignements sans violer le secret professionnel, mais il a refusé de fournir d'autres renseignements ou documents qui, selon lui, pouvaient être protégés par le secret professionnel. Une ordonnance judiciaire subséquente enjoignait à M^e^ Carey de donner une [TRADUCTION] « reddition complète de tous les fonds » de M. Sabourin, ce qu'il a fait.

[15] En novembre 2007, M^me^ Laiken a obtenu un jugement sommaire rejetant la demande que M. Sabourin avait présentée contre elle et lui accordant plus d'un million de dollars en dommages-intérêts et dépens dans le cadre de sa demande reconventionnelle pour fraude.

C. *La procédure pour outrage*

[16] Madame Laiken a demandé que M^e^ Carey soit reconnu coupable d'outrage. Selon elle, il avait violé l'injonction *Mareva* en retournant à M. Sabourin les 440 000 $ détenus dans son compte en fiducie. Les décisions successives se rapportant à cette demande ont finalement donné lieu au présent pourvoi.

[17] En Ontario, les procédures pour outrage civil sont régies par la règle 60.11 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194. Aux termes de cette règle, une partie peut présenter une motion dans le but d'obtenir une ordonnance pour outrage : par. 60.11(1). Dans sa décision sur la motion, un juge peut « rendre une ordonnance juste »

imprisoned, pay a fine, do or refrain from doing an act, pay just costs, and comply with any other order the judge considers necessary: rule 60.11(5). Upon motion, "a judge may discharge, set aside, vary or give directions in respect of an order under subrule (5) . . . and may grant such other relief and make such other order as is just": rule 60.11(8).

et, s'il « conclut » que la personne est coupable d'outrage, il peut ordonner qu'elle soit incarcérée, paie une amende, fasse ou s'abstienne de faire quelque chose, paie des dépens justes et se conforme à toute autre ordonnance que le juge estime nécessaire : par. 60.11(5). « Un juge peut, sur motion, modifier ou annuler une ordonnance rendue en application du paragraphe (5) [. . .], donner des directives qui s'y rapportent ou en donner mainlevée. Il peut accorder une autre mesure de redressement et rendre l'ordonnance qu'il estime juste » : par. 60.11(8).

[18] The *Rules* do not prescribe the form of contempt proceedings. However, as a general rule, proceedings are bifurcated into a liability phase where the case on liability proceeds and a defence is offered — and, if liability is established, a penalty phase. In contempt proceedings, liability and penalty are discrete issues: *College of Optometrists (Ont.) v. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, at paras. 72-75.

[18] Les *Règles* ne précisent pas la forme que doivent prendre les procédures pour outrage. Cependant, en général, elles sont scindées en deux étapes distinctes : l'étape relative à la responsabilité — durant laquelle la question de la responsabilité est soulevée et un moyen de défense est invoqué — puis, si la responsabilité est établie, l'étape de la détermination de la peine. Dans les procédures pour outrage, la responsabilité et la peine sont deux questions distinctes : *College of Optometrists (Ont.) c. SHS Optical Ltd.*, 2008 ONCA 685, 241 O.A.C. 225, par. 72-75.

[19] It is within this procedural framework that the Ontario courts considered Ms. Laiken's motion to find Mr. Carey in contempt of the *Mareva* injunction.

[19] C'est dans ce cadre procédural que les tribunaux de l'Ontario ont examiné la motion de M^me^ Laiken par laquelle elle demandait à la cour de déclarer que M^e^ Carey s'était rendu coupable d'outrage pour violation d'une injonction *Mareva*.

(1) The First Contempt Decision: Ontario Superior Court of Justice (Roberts J., 2011 ONSC 5892)

(1) La première décision relative à la question de l'outrage : Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Roberts, 2011 ONSC 5892)

[20] The motions judge found Mr. Carey in contempt and issued an order to that effect. She was satisfied beyond a reasonable doubt that the *Mareva* order was clear and that Mr. Carey "knowingly and deliberately breached" it by transferring the funds from his trust account to Mr. Sabourin (para. 42 (CanLII)). The motions judge ordered the parties to appear before her at a later date for another hearing. She stated she would take into account any further evidence and testimony the parties submitted in making any order under rules 60.11(5) and 60.11(8).

[20] La juge des motions a déclaré M^e^ Carey coupable d'outrage et a prononcé une ordonnance à cet effet. Elle était convaincue hors de tout doute raisonnable que l'ordonnance *Mareva* était clairement formulée et que M^e^ Carey l'avait [TRADUCTION] « sciemment et délibérément violée » en transférant les fonds détenus dans son compte en fiducie à M. Sabourin (par. 42 (CanLII)). Elle a en outre ordonné aux parties de comparaître devant elle à une date ultérieure pour une autre audience et indiqué qu'elle prendrait en considération tout autre élément de preuve et témoignage présentés par les parties avant de rendre une ordonnance en vertu des par. 60.11(5) et 60.11(8).

(2) The Stay Application Decision: Ontario Court of Appeal (Sharpe J.A., 2011 ONCA 757, 286 O.A.C. 273)

[21] A judge of the Court of Appeal dismissed Mr. Carey's motion for a stay of the motions judge's order and any further proceedings pending appeal of that order. The court held that the contempt proceedings were not yet completed and that until they were, the Court of Appeal would not know relevant information, including whether the judge considered the contempt to be trivial or serious.

(3) The Second Contempt Decision: Ontario Superior Court of Justice (Roberts J., 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL))

[22] When the matter resumed before the motions judge, Mr. Carey moved to reopen the contempt hearing. He filed new evidence, including an affidavit sworn by Alan Lenczner, Q.C., stating that by returning the money in excess of that required to cover legal fees, Mr. Carey had acted in a manner consistent with the practice of counsel generally. Mr. Carey also proffered his own testimony about what he perceived to be his professional obligations and his motivations in dealing with the trust funds.

[23] The motions judge set aside her previous finding of contempt. Based on the new evidence, she doubted whether the terms of the order were clear and whether Mr. Carey's interpretation of it was deliberately and wilfully blind.

(4) The Appeal Decision: Ontario Court of Appeal (Sharpe J.A. (Rosenberg and Gillese JJ.A. concurring), 2013 ONCA 530, 367 D.L.R. (4th) 415)

[24] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and restored the initial contempt finding. The motions judge had erred, the Court of Appeal

(2) La décision relative à la demande de sursis : Cour d'appel de l'Ontario (le juge Sharpe, 2011 ONCA 757, 286 O.A.C. 273)

[21] Un juge de la Cour d'appel a rejeté la motion présentée par M[e] Carey en vue d'obtenir un sursis d'exécution de l'ordonnance de la juge des motions et de toute autre procédure jusqu'à la décision sur l'appel de cette ordonnance. La Cour d'appel a conclu que la procédure d'outrage n'était pas encore terminée et que, jusqu'à ce qu'elle le soit, elle ne connaîtrait pas certains renseignements pertinents, notamment la réponse à la question de savoir si la juge estimait que l'outrage était négligeable ou grave.

(3) La deuxième décision relative à la question de l'outrage : Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Roberts, 2012 ONSC 7252, [2012] O.J. No. 6596 (QL))

[22] Lors de la reprise des procédures devant la juge des motions, M[e] Carey a demandé la réouverture de l'audience relative à l'outrage. Il a déposé de nouveaux éléments de preuve, y compris un affidavit signé par M[e] Alan Lenczner, c.r., qui précisait que, en remettant la somme excédant le montant nécessaire pour couvrir ses honoraires, M[e] Carey avait agi conformément à la pratique habituelle des avocats. Maître Carey a aussi témoigné sur ce qu'il considérait comme ses obligations professionnelles et ses motivations lorsqu'il s'occupait des fonds en fiducie.

[23] La juge des motions a annulé sa conclusion d'outrage. Vu la nouvelle preuve, elle n'était plus convaincue que l'ordonnance était claire et que M[e] Carey avait fait preuve d'aveuglement volontaire au moment de l'interpréter.

(4) La décision en appel : Cour d'appel de l'Ontario (le juge Sharpe (avec l'accord des juges Rosenberg et Gillese), 2013 ONCA 530, 367 D.L.R. (4th) 415)

[24] La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité et a rétabli la conclusion initiale d'outrage. Selon elle, la juge des motions avait commis une

found, in setting it aside. Mr. Carey had inappropriately used the second stage of the contempt proceedings to attack the motions judge's earlier findings and based this attack on evidence he ought to have filed at the first hearing. While the appeal could have been resolved on these procedural grounds, the court went on to hold that the motions judge erred in finding Mr. Carey was not in contempt.

[25] The Court of Appeal accepted that Mr. Carey did not desire or knowingly choose to disobey the order, but found that it is unnecessary to establish this in order to find him liable for civil contempt. Mr. Carey knew of a clear court order and he committed an act that violated it. This was sufficient to constitute civil contempt.

III. Analysis

A. *First Issue: To Have Committed Contempt, Did Mr. Carey Have to Intend to Interfere With the Administration of Justice?*

(1) Overview

[26] At the initial contempt hearing, Roberts J. stated, in my view correctly, that "civil contempt consists of the intentional doing of an act which is in fact prohibited by the order": 2011 ONSC 5892, at para. 24. However, she subsequently set aside her earlier finding of contempt. She held:

> Based on Mr. Carey's oral evidence, because of the protracted history between Mr. Carey's clients and the plaintiff and the way that Mr. Carey viewed the merits of the plaintiffs [*sic*] claim, the unusual form of the May 4, 2006 Mareva Order, and the variations discussed and agreed upon between counsel, which were not set out in one document by formal amendment, I have a reasonable doubt as to whether the terms of the May 4, 2006 Mareva Order were completely clear to Mr. Carey, and I am not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Carey's

erreur en l'annulant. Maître Carey avait utilisé la deuxième étape de la procédure pour outrage de façon inappropriée dans le but de contester les conclusions rendues antérieurement par la juge des motions et il a fondé cette contestation sur des éléments de preuve qu'il aurait dû fournir lors de la première audience. Certes, la cour aurait pu trancher l'appel en se fondant sur ces motifs touchant à la procédure, mais elle a conclu en outre que la juge des motions avait commis une erreur en déclarant que M^e^ Carey n'était pas coupable d'outrage.

[25] La Cour d'appel a convenu que M^e^ Carey ne voulait pas et n'avait pas sciemment choisi de désobéir à l'ordonnance, mais elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve de son intention pour qu'il soit déclaré coupable d'outrage civil. Maître Carey connaissait l'existence d'une ordonnance judiciaire dont le libellé était limpide et il a commis un acte en violation de cette ordonnance. Cela suffisait pour qu'il s'agisse d'un outrage civil.

III. Analyse

A. *Première question : pour commettre un outrage, M^e^ Carey devait-il avoir l'intention d'entraver l'administration de la justice?*

(1) Aperçu

[26] Durant la première audience relative à l'outrage, la juge Roberts a indiqué, à bon droit selon moi, que [TRADUCTION] « l'outrage civil consiste en l'accomplissement intentionnel d'un acte interdit par l'ordonnance » : 2011 ONSC 5892, par. 24. Cependant, elle a ultérieurement annulé sa première conclusion et conclu ce qui suit :

> [TRADUCTION] Compte tenu du témoignage de M^e^ Carey, de la longue histoire entre les clients de M^e^ Carey et la demanderesse, de l'avis de M^e^ Carey sur le bien-fondé de la demande, de la forme inhabituelle de l'ordonnance *Mareva* datée du 4 mai 2006 et des modifications, adoptées après consultation et entente entre avocats, lesquelles n'ont pas été énoncées dans un document au moyen d'une modification à l'ordonnance, j'ai un doute raisonnable quant à savoir si les prescriptions de l'ordonnance Mareva datée du 4 mai

interpretation of the May 4, 2006 Mareva Order was deliberately and willfully blind. [Emphasis added; 2012 ONSC 7252, at para. 36.]

[27] The Court of Appeal, however, held that it was an error of law to conclude that Mr. Carey could not be found in contempt because he did not deliberately breach the order. Ms. Laiken did not have to prove that Mr. Carey had "deliberately" breached the order or, as the court put it elsewhere in its reasons, to establish "contumacious intent": paras. 65 and 62. The order clearly prohibited dealing in trust funds belonging to Mr. Sabourin, yet Mr. Carey knew of the order and he intentionally transferred the funds, an act that was contrary to the order. This is all that is required to establish the elements of civil contempt.

[28] Before this Court, the parties devoted a substantial portion of their written submissions to the mental element of civil contempt. Mr. Carey's position is that in various circumstances — namely, where the alleged contemnor cannot "purge" his contempt, is a lawyer or is a third party to an order — proof of an intention to interfere with the administration of justice is required. In other words, in these circumstances contumacy or intent to breach the order is an element of the offence. Ms. Laiken frames the issue slightly differently. Rather than viewing the question as one turning on the elements of civil contempt, she submits that lack of contumacious intent is not a defence in civil contempt proceedings, regardless of the alleged contemnor's circumstances.

[29] However framed, the issue boils down to the required intent for a finding of civil contempt. Canadian jurisprudence clearly sets out the requirements for establishing civil contempt, of which I provide an overview below. Contumacy — the intent to interfere with the administration of justice — is not an element of civil contempt and lack of contumacy

2006 étaient totalement claires pour Me Carey, et je ne suis pas convaincue hors de tout doute raisonnable que Me Carey a fait preuve d'aveuglement volontaire quand il a interprété cette ordonnance. [Je souligne; 2012 ONSC 7252, par. 36.]

[27] La Cour d'appel a toutefois conclu qu'il était erroné en droit de conclure à l'impossibilité de déclarer Me Carey coupable d'outrage parce qu'il n'avait pas délibérément violé l'ordonnance. Madame Laiken n'avait pas à prouver que Me Carey avait « délibérément » violé l'ordonnance ou, comme l'a indiqué la Cour d'appel ailleurs dans ses motifs, à établir une [TRADUCTION] « intention de désobéir » : par. 65 et 62. Aux termes de l'ordonnance, il était clairement interdit d'utiliser les fonds détenus en fiducie appartenant à M. Sabourin. Or, Me Carey connaissait l'existence de l'ordonnance et il a intentionnellement transféré les fonds, un acte contraire à l'ordonnance. Cela suffit pour établir les éléments constitutifs de l'outrage civil.

[28] Devant la Cour, les parties ont consacré une portion importante de leurs observations écrites à l'élément moral de l'outrage civil. Selon Me Carey, dans diverses circonstances — à savoir, lorsque l'auteur présumé de l'outrage ne peut pas faire amende honorable pour ce dernier, ou quand il est un avocat ou une tierce partie à l'ordonnance —, il faut prouver l'intention d'entraver l'administration de la justice. Autrement dit, dans ces circonstances, la désobéissance ou l'intention de violer l'ordonnance est un élément constitutif de l'infraction. Madame Laiken formule la question un peu différemment. Plutôt que de considérer la question comme touchant les éléments constitutifs de l'outrage civil, elle soutient que l'absence d'intention de désobéir ne peut servir de moyen de défense dans le cadre d'une procédure pour outrage civil, peu importe la situation de l'auteur présumé de l'outrage en question.

[29] En fait, quelle que soit sa formulation, la question se résume à celle de l'intention nécessaire pour pouvoir conclure à un outrage civil. La jurisprudence canadienne énonce clairement les exigences, dont un aperçu suit, permettant d'établir un tel outrage. La désobéissance — soit l'intention d'entraver l'administration de la justice — n'est

is therefore not a defence. I do not accept Mr. Carey's position that a different rule should apply to individuals who cannot purge their contempt, to lawyers and to third parties.

(2) The Canadian Common Law of Civil Contempt

[30] Contempt of court "rest[s] on the power of the court to uphold its dignity and process. . . . The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect": *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 931. It is well established that the purpose of a contempt order is "first and foremost a declaration that a party has acted in defiance of a court order": *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*, 2006 SCC 52, [2006] 2 S.C.R. 612, at para. 35, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614, at para. 20.

[31] The common law has developed to recognize two forms of contempt of court: criminal contempt and civil contempt. The distinction, which the parties to this appeal accept, rests on the element of public defiance accompanying criminal contempt: see, e.g., *United Nurses*, at p. 931; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, at p. 522. With civil contempt, where there is no element of public defiance, the matter is generally seen "primarily as coercive rather than punitive": R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 6.100. However, one purpose of sentencing for civil contempt is punishment for breaching a court order: *Chiang (Trustee of) v. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655, at para. 117. Courts sometimes impose substantial fines to match the gravity of the contempt, to deter the contemnor's continuing conduct and to deter others from comparable conduct: Sharpe, at ¶ 6.100.

pas un élément constitutif de l'outrage civil et, par conséquent, l'absence d'intention de désobéir ne peut être invoquée comme moyen de défense. Je ne souscris pas à l'opinion de Me Carey selon laquelle une règle différente devrait s'appliquer à ceux qui ne peuvent pas faire amende honorable pour l'outrage, aux avocats et aux tiers.

(2) L'outrage civil en common law canadienne

[30] L'outrage au tribunal « repos[e] sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. [. . .] La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû » : *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, p. 931. Il est bien établi qu'une ordonnance pour outrage au tribunal est « avant tout une déclaration qu'une partie a transgressé une ordonnance judiciaire » : *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, par. 35, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Torroni*, 2009 ONCA 85, 94 O.R. (3d) 614, par. 20.

[31] La common law a évolué et reconnaît maintenant deux formes d'outrage au tribunal : l'outrage criminel et l'outrage civil. La distinction, qu'acceptent les parties au présent pourvoi, repose sur l'élément de transgression publique qui accompagne l'outrage criminel : voir, p. ex., *United Nurses*, p. 931; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, p. 522. L'outrage civil, qui ne suppose aucune transgression publique, a, de façon générale, une dimension [TRADUCTION] « avant tout coercitive plutôt que punitive » : R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (2e éd. (feuilles mobiles)), ¶ 6.100. Cependant, la condamnation à des sanctions dans les cas d'outrage civil a notamment pour objectif de punir la violation d'une ordonnance judiciaire : *Chiang (Trustee of) c. Chiang*, 2009 ONCA 3, 305 D.L.R. (4th) 655, par. 117. Les tribunaux infligent parfois de lourdes amendes dans le but d'établir une correspondance avec la gravité de l'outrage, de mettre un terme à la conduite de l'auteur de l'outrage et de dissuader autrui d'adopter une conduite semblable : Sharpe, ¶ 6.100.

[32] Civil contempt has three elements which must be established beyond a reasonable doubt: *Prescott-Russell Services for Children and Adults v. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.), at para. 27; *College of Optometrists,* at para. 71; *Bhatnager v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 2 S.C.R. 217, at pp. 224-25; *Jackson v. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210, at paras. 12-13; *TG Industries Ltd. v. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35, at paras. 17 and 32; *Godin v. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, at para. 47; *Soper v. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303, at para. 23. These three elements, coupled with the heightened standard of proof, help to ensure that the potential penal consequences of a contempt finding ensue only in appropriate cases: *Bell ExpressVu*, at para. 22; *Chiang*, at paras. 10-11.

[33] The first element is that the order alleged to have been breached "must state clearly and unequivocally what should and should not be done": *Prescott-Russell*, at para. 27; *Bell ExpressVu*, at para. 28, citing with approval *Jaskhs Enterprises Inc. v. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262 (Ont. S.C.J.), at para. 40. This requirement of clarity ensures that a party will not be found in contempt where an order is unclear: *Pro Swing*, at para. 24; *Bell ExpressVu*, at para. 22. An order may be found to be unclear if, for example, it is missing an essential detail about where, when or to whom it applies; if it incorporates overly broad language; or if external circumstances have obscured its meaning: *Culligan Canada Ltd. v. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463, at para. 21.

[34] The second element is that the party alleged to have breached the order must have had actual knowledge of it: *Bhatnager*, at p. 226; *College of Optometrists*, at para. 71. It may be possible to infer knowledge in the circumstances, or an alleged contemnor may attract liability on the basis of the wilful blindness doctrine (*ibid.*).

[32] L'outrage civil comporte trois éléments, qui doivent être établis hors de tout doute raisonnable : *Prescott-Russell Services for Children and Adults c. G. (N.)* (2006), 82 O.R. (3d) 686 (C.A.), par. 27; *College of Optometrists*, par. 71; *Bhatnager c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 2 R.C.S. 217, p. 224-225; *Jackson c. Honey*, 2009 BCCA 112, 267 B.C.A.C. 210, par. 12-13; *TG Industries Ltd. c. Williams*, 2001 NSCA 105, 196 N.S.R. (2d) 35, par. 17 et 32; *Godin c. Godin*, 2012 NSCA 54, 317 N.S.R. (2d) 204, par. 47; *Soper c. Gaudet*, 2011 NSCA 11, 298 N.S.R. (2d) 303, par. 23. Ces trois éléments, conjugués à une norme de preuve plus rigoureuse, aident à assurer que les conséquences pénales qu'entraîne une conclusion d'outrage soient imposées seulement dans les cas appropriés : *Bell ExpressVu*, par. 22; *Chiang*, par. 10-11.

[33] Le premier élément veut que l'ordonnance dont on allègue la violation [TRADUCTION] « formule de manière claire et non équivoque ce qui doit et ne doit pas être fait » : *Prescott-Russell*, par. 27; *Bell ExpressVu*, par. 28, citant avec approbation *Jaskhs Enterprises Inc. c. Indus Corp.*, 2004 CanLII 32262 (C.S.J. Ont.), par. 40. Cette exigence de clarté garantit qu'une personne ne sera pas reconnue coupable d'outrage lorsqu'une ordonnance n'est pas claire : *Pro Swing*, par. 24; *Bell ExpressVu*, par. 22. Il peut être établi qu'une ordonnance n'est pas claire si, par exemple, il manque un détail essentiel sur l'endroit, le moment ou l'individu visé par l'ordonnance, si elle est formulée en des termes trop larges ou si des circonstances extérieures ont obscurci son sens : *Culligan Canada Ltd. c. Fettes*, 2010 SKCA 151, 326 D.L.R. (4th) 463, par. 21.

[34] Le deuxième élément veut que la partie à qui on reproche d'avoir violé l'ordonnance doive avoir été réellement au courant de son existence : *Bhatnager*, p. 226; *College of Optometrists*, par. 71. Il est possible de conclure à la connaissance de l'ordonnance dans les circonstances ou d'imputer la responsabilité à la personne à qui on reproche l'outrage en se fondant sur le principe de l'aveuglement volontaire (*ibid.*).

[35] Finally, the party allegedly in breach must have intentionally done the act that the order prohibits or intentionally failed to do the act that the order compels: *Sheppard v. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4 (C.A.), at p. 8. The meaning of this element is one of the main points in contention on appeal and I will turn to consider it in more detail momentarily.

[36] The contempt power is discretionary and courts have consistently discouraged its routine use to obtain compliance with court orders: see, e.g., *Hefkey v. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65, at para. 3. If contempt is found too easily, "a court's outrage might be treated as just so much bluster that might ultimately cheapen the role and authority of the very judicial power it seeks to protect": *Centre commercial Les Rivières ltée v. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, at para. 7. As this Court has affirmed, "contempt of court cannot be reduced to a mere means of enforcing judgments": *Vidéotron Ltée v. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 S.C.R. 1065, at p. 1078, citing *Daigle v. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249 (Que. C.A.). Rather, it should be used "cautiously and with great restraint": *TG Industries*, at para. 32. It is an enforcement power of last rather than first resort: *Hefkey*, at para. 3; *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, at paras. 41-43; *Centre commercial Les Rivières ltée*, at para. 64.

[37] For example, where an alleged contemnor acted in good faith in taking reasonable steps to comply with the order, the judge entertaining a contempt motion generally retains some discretion to decline to make a finding of contempt: see, e.g., *Morrow, Power v. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334 (Nfld. C.A.), at para. 20; *TG Industries*, at para. 31. While I prefer not to delineate the full scope of this discretion, given that the issue was not argued before us, I wish to leave open the possibility that a judge may properly exercise his or her discretion to decline to impose a contempt

[35] Enfin, la personne qui aurait commis la violation doit avoir intentionnellement commis un acte interdit par l'ordonnance ou intentionnellement omis de commettre un acte comme elle l'exige : *Sheppard c. Sheppard* (1976), 12 O.R. (2d) 4 (C.A.), p. 8. La signification de cet élément est une des principales questions soulevées dans le présent pourvoi et je vais l'examiner plus en détail ci-après.

[36] Le pouvoir en matière d'outrage est discrétionnaire et les tribunaux ont toujours refusé de l'exercer de façon routinière pour faire respecter des ordonnances judiciaires : voir, p. ex., *Hefkey c. Hefkey*, 2013 ONCA 44, 30 R.F.L. (7th) 65, par. 3. S'il est trop facile de conclure à un outrage au tribunal, il [TRADUCTION] « pourrait être perçu comme autant de fanfaronnades qui seraient susceptibles ultimement de déconsidérer le rôle et l'autorité du pouvoir judiciaire qu'il vise précisément à protéger » : *Centre commercial Les Rivières ltée c. Jean Bleu inc.*, 2012 QCCA 1663, par. 7. Comme la Cour l'a confirmé, « l'outrage au tribunal ne peut être réduit à un simple moyen d'exécution des jugements » : *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, p. 1078, citant *Daigle c. St-Gabriel-de-Brandon (Paroisse)*, [1991] R.D.J. 249 (C.A. Qc). Le pouvoir en cette matière devrait plutôt être exercé [TRADUCTION] « avec prudence et avec une grande réserve » : *TG Industries*, par. 32. Il s'agit en outre d'un pouvoir qui ne doit être exercé qu'en dernier recours : *Hefkey*, par. 3; *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2008 ONCA 182, 89 O.R. (3d) 81, par. 41-43; *Centre commercial Les Rivières ltée*, par. 64.

[37] Par exemple, lorsque l'auteur présumé de l'outrage a agi de bonne foi et pris des mesures raisonnables pour se conformer à l'ordonnance, le juge saisi de la motion conserve généralement un certain pouvoir discrétionnaire pour refuser de tirer une conclusion d'outrage : voir, p. ex., *Morrow, Power c. Newfoundland Telephone Co.* (1994), 121 Nfld. & P.E.I.R. 334 (C.A.T.-N.), par. 20; *TG Industries*, par. 31. Même si je préfère ne pas circonscrire toute la portée de ce pouvoir discrétionnaire — puisque la question n'a pas été débattue devant la Cour —, je ne veux pas écarter la possibilité qu'un juge puisse

finding where it would work an injustice in the circumstances of the case.

(3) The Required "Intent"

[38] It is well settled in Canadian common law that all that is required to establish civil contempt is proof beyond a reasonable doubt of an intentional act or omission that is in fact in breach of a clear order of which the alleged contemnor has notice: *Prescott-Russell*, at para. 27; *College of Optometrists*, at para. 71; *Sheppard*, at p. 8; *TG Industries*, at paras. 17 and 32; *Bhatnager*, at pp. 224-25; Sharpe, at ¶ 6.190. The Court of Appeal followed this approach. As it noted, to require a contemnor to have intended to disobey the order would put the test "too high" and result in "mistakes of law [becoming] a defence to an allegation of civil contempt but not to a murder charge" (para. 59). Instead, contumacy or lack thereof goes to the penalty to be imposed following a finding of contempt: para. 62; see also *Sheppard*; and Sharpe, at ¶ 6.200.

[39] The appellant submits, however, that in situations in which the alleged contemnor cannot "purge" the contempt, is a lawyer or is a third party to the order, the intent to interfere with the administration of justice must be proved. I understand this to mean that "the intention to disobey, in the sense of desiring or knowingly choosing to disobey the order" must be established: *TG Industries*, at para. 17. This is sometimes also referred to as "contumacious" intent.

[40] The appellant submits that the mental element of civil contempt must address at least one of the two goals of civil contempt: securing compliance with court orders or protecting the integrity of the administration of justice. Finding a party in contempt where he or she cannot purge (either because the act that constituted the contempt cannot be undone or because a conflicting legal duty prevents

exercer correctement son pouvoir discrétionnaire et refuser de conclure à l'outrage lorsqu'une telle conclusion entraînerait une injustice dans les circonstances de l'affaire.

(3) L'« intention » requise

[38] Il est bien établi en common law canadienne que, pour établir l'outrage civil, il suffit de prouver hors de tout doute raisonnable que son auteur présumé a intentionnellement commis un acte — ou omis d'agir — en violation d'une ordonnance claire dont il avait connaissance : *Prescott-Russell*, par. 27; *College of Optometrists*, par. 71; *Sheppard*, p. 8; *TG Industries*, par. 17 et 32; *Bhatnager*, p. 224-225; Sharpe, ¶ 6.190. La Cour d'appel a suivi cette approche. Comme elle l'a fait remarquer, exiger que l'auteur de l'outrage ait eu l'intention de désobéir à l'ordonnance rendrait la norme [TRADUCTION] « trop élevée » et ferait en sorte que les « erreurs de droit [deviendraient] un moyen de défense qu'il serait possible d'invoquer contre une accusation d'outrage civil, mais pas contre une accusation de meurtre » (par. 59). L'intention de désobéir ou l'absence d'une telle intention se rapporte plutôt à la peine à infliger par suite d'une conclusion d'outrage : par. 62; voir aussi *Sheppard*; et Sharpe, ¶ 6.200.

[39] L'appelant soutient toutefois que, lorsque l'auteur présumé de l'outrage ne peut pas « faire amende honorable » pour ce dernier ou qu'il est un avocat ou un tiers à l'ordonnance, il faut prouver qu'il avait l'intention d'entraver l'administration de la justice. Selon ce que j'en comprends, cela veut dire que [TRADUCTION] « l'intention de désobéir, c'est-à-dire le fait de vouloir désobéir à l'ordonnance ou de choisir sciemment de le faire », doit être établie : *TG Industries*, par. 17.

[40] L'appelant soutient que l'élément moral de l'outrage civil doit rendre compte d'au moins un des deux objectifs de l'outrage civil : assurer le respect des ordonnances judiciaires ou protéger l'intégrité de l'administration de la justice. Déclarer une personne coupable d'outrage au tribunal alors qu'elle ne peut pas faire amende honorable pour l'outrage en question (soit parce que l'acte qui le

compliance with the order) furthers neither of these goals absent some heightened mental element for contempt. Only if the person is shown to have had the intent to interfere with the administration of justice would one of these purposes — protecting the integrity of the administration of justice — be served.

[41] I cannot accept this position. There is no principled reason to depart from the established elements of civil contempt in situations in which compliance has become impossible for either of the reasons referred to by the appellant. Where, as here, the person's own actions contrary to the terms of a court order make future compliance impossible, I fail to see the logic or justice of requiring proof of some higher degree of fault in order to establish contempt. The appellant's submission also overlooks the point that one of the purposes of the contempt power is to deter violations of court orders, thereby encouraging respect for the administration of justice. It undermines that purpose to treat with special charity people whose acts in violation of an order make subsequent compliance impossible. It seems to me that the existing discretion not to enter a contempt finding and the defence of impossibility of compliance provide better answers than a heightened degree of fault where a party is unable to purge his or her contempt for the reasons the appellant outlines: *Jackson*, at para. 14; *Sussex Group Ltd. v. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274 (Ont. S.C.J.), at para. 56.

[42] The appellant correctly notes that civil contempt is quasi-criminal in nature, which he says justifies a higher fault element where contempt cannot be purged. But civil contempt is always quasi-criminal, so this provides no justification for carving out a distinct mental element for particular types of civil

constituait ne peut pas être annulé ou parce qu'une obligation légale contradictoire l'en empêche) ne contribue à la réalisation d'aucun de ces objectifs en l'absence d'un plus grand élément moral requis pour conclure qu'il y a eu outrage. Ce n'est que s'il est établi que la personne avait l'intention d'entraver l'administration de la justice qu'un de ces objectifs — soit celui de protéger l'intégrité de l'administration de la justice — serait atteint.

[41] Je ne peux pas souscrire à cette position. Il n'existe aucune raison logique de déroger aux éléments constitutifs de l'outrage civil reconnus dans des cas où il est devenu impossible de se conformer à l'ordonnance pour l'une ou l'autre des raisons invoquées par l'appelant. Lorsque, comme en l'espèce, les agissements contraires aux modalités d'une ordonnance judiciaire de la personne elle-même font en sorte qu'il est impossible pour elle de respecter l'ordonnance à l'avenir, je ne crois pas qu'il soit logique ou juste d'exiger une preuve d'un degré plus élevé de faute pour établir qu'il y a eu outrage. L'appelant ne tient pas compte non plus du fait que l'un des objectifs du pouvoir en matière d'outrage consiste à décourager toute violation des ordonnances judiciaires, favorisant ainsi le respect de l'administration de la justice. Il va à l'encontre de cet objectif de faire preuve d'une indulgence particulière envers les personnes ayant commis des actes qui sont contraires à une ordonnance et qui en empêchent le respect pour l'avenir. Il me semble que le pouvoir discrétionnaire actuel de ne pas tirer une conclusion d'outrage ainsi que le moyen de défense fondé sur l'impossibilité de se conformer conviennent davantage qu'un degré plus élevé de faute ne le ferait quand une personne n'est pas en mesure de faire amende honorable pour outrage pour les raisons énoncées par l'appelant : *Jackson*, par. 14; *Sussex Group Ltd. c. Fangeat*, 42 C.P.C. (5th) 274 (C.S.J. Ont.), par. 56.

[42] L'appelant souligne avec raison que l'outrage civil est de nature quasi criminelle. Selon lui, cela justifie d'exiger un degré de faute plus élevé quand la personne ne peut pas faire amende honorable pour l'outrage. L'outrage civil est cependant toujours de nature quasi criminelle. Cela ne justifie donc pas la

contempt cases. As I have already discussed, requiring contumacious intent would open the door to mistakes of law providing a defence to an allegation of civil contempt. It could also permit an alleged contemnor to rely on a misinterpretation of a clear order to avoid a contempt finding, which would significantly undermine the authority of court orders.

[43] Further, adopting the appellant's proposal would in effect make the required mental element dependent on the nature of the order alleged to have been breached. Those who breach a prohibitory order would benefit from this heightened mental element disproportionately, due to subsequent impossibility of compliance, as compared to those who breach a mandatory order, with which the alleged contemnor will be able to subsequently comply absent a conflicting legal duty. I see no principled basis for creating this distinction.

[44] The appellant also submits that lawyers should benefit from a heightened fault requirement, but I do not agree. As the Court of Appeal recognized, reliance on legal advice does not shield a party from a finding of contempt: para. 61, citing *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849 (R.P.C.), at p. 862; *Canada Metal Co. v. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641 (Ont. H.C.J.), at p. 661, aff'd (1975), 65 D.L.R. (3d) 231 (Ont. C.A.). Still less should the law permit lawyers to escape a finding of contempt because they have, in effect, relied on their own legal advice.

[45] As for third parties, the appellant points to some authority in the United Kingdom and Australia to the effect that intent to interfere with the administration of justice is a prerequisite for finding a third party in contempt: see, e.g., *Customs and Excise Commissioners v. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181, at para. 29; *Attorney General v. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046, at para. 87; *Z Ltd. v. A-Z*, [1982] 1 Q.B.

création d'un élément moral distinct pour certains cas d'outrage civil. Comme je l'ai déjà mentionné, exiger qu'il y ait eu une intention de désobéir permettrait de considérer les erreurs de droit comme un moyen de défense à l'encontre d'une allégation d'outrage civil. Cela permettrait également à l'auteur présumé de l'outrage de se fonder sur une mauvaise interprétation d'une ordonnance claire pour éviter une conclusion d'outrage. Or, cela minerait sérieusement l'autorité des ordonnances judiciaires.

[43] De plus, adopter la thèse de l'appelant aurait pour effet de rendre l'élément moral requis tributaire de la nature de l'ordonnance dont on allègue la violation. En effet, ceux qui violent une ordonnance d'interdiction tireraient un avantage disproportionné de cet élément moral plus rigoureux — en raison de l'impossibilité subséquente de s'y conformer — comparativement à ceux qui violent une ordonnance d'exécution — à laquelle l'auteur présumé de l'outrage pourra ensuite se conformer en l'absence d'une obligation légale contradictoire. Je ne vois aucune raison logique de créer cette distinction.

[44] L'appelant affirme également que les avocats devraient bénéficier d'une exigence plus rigoureuse en matière de faute. Je ne suis pas d'accord. Comme l'a reconnu la Cour d'appel, le fait de se fier à des conseils juridiques ne protège pas une personne contre une conclusion d'outrage : par. 61, citant *Re Tyre Manufacturers' Agreement*, [1966] 2 All E.R. 849 (R.P.C.), p. 862; *Canada Metal Co. c. C.B.C. (No. 2)* (1974), 48 D.L.R. (3d) 641 (H.C.J. Ont.), p. 661, conf. par (1975), 65 D.L.R. (3d) 231 (C.A. Ont.). Encore moins faudrait-il permettre aux avocats d'éviter d'être déclarés coupables d'outrage parce qu'ils se sont, dans les faits, fondés sur leurs propres conseils juridiques.

[45] S'agissant des tiers, l'appelant invoque certaines décisions rendues au Royaume-Uni et en Australie selon lesquelles l'intention d'entraver l'administration de la justice est nécessaire pour déclarer un tiers coupable d'outrage : voir, p. ex., *Customs and Excise Commissioners c. Barclays Bank plc*, [2006] UKHL 28, [2007] 1 A.C. 181, par. 29; *Attorney General c. Punch Ltd.*, [2002] UKHL 50, [2003] 1 A.C. 1046, par. 87; *Z Ltd. c. A-Z*, [1982] 1 Q.B.

558 (C.A.), at p. 583; *Baker v. Paul*, [2013] NSWCA 426, at para. 19. It has also been noted that "[i]t would appear that a higher degree of intention is required to make a non-party liable for contempt": Sharpe, at ¶ 6.210.

[46] The short answer to this point is that, even accepting this line of authority, Mr. Carey is not in the same category as the third parties discussed in this line of authority. I would respectfully adopt as my own the following excerpt on this point from the reasons of Sharpe J.A. in the Court of Appeal:

> The solicitor-client bond creates a community of interest between Carey and Sabourin that is plainly distinguishable from the situation of a stranger to the litigation who is apprised of the court order. As an officer of the court, a solicitor of record is duty-bound to take scrupulous care to ensure respect for court orders. . . . [A]s the solicitor of record in the case, Carey should be held to the same standard of compliance as his client who was a party. [para. 64]

(4) Conclusion

[47] I conclude that "contumacious" intent was not required in this case, and to the extent that the judge at first instance found otherwise in overturning her earlier finding of contempt, she erred in law.

B. *Second Issue: Was Mr. Carey in Contempt?*

[48] Mr. Carey submits that he was not in contempt, making two main points. He submits first that the payment of funds from his trust account to Mr. Sabourin was not a "transfer" within the meaning of the order, either because beneficial ownership of the funds did not change or because it amounted to a permissible return of an overpayment of legal fees that informal variations to the order permitted. Second, he also says that his conduct complied with his solicitor-client obligations and that such compliance cannot be considered to have been in breach of the *Mareva* injunction. The existence of Mr. Sabourin's funds in his trust account attracted solicitor-client privilege

558 (C.A.), p. 583; *Baker c. Paul*, [2013] NSWCA 426, par. 19. Il a aussi été souligné qu'il [TRADUCTION] « semblerait qu'un degré d'intention plus élevé soit nécessaire pour déclarer un tiers coupable d'outrage » : Sharpe, ¶ 6.210.

[46] La réponse courte à cet argument est que, même en reconnaissant cette jurisprudence, M^e^ Carey n'entre pas dans la même catégorie que les tiers dont il est question dans ces précédents. Soit dit en tout respect, je souscris au passage suivant tiré des motifs du juge Sharpe de la Cour d'appel :

> [TRADUCTION] Étant donné le lien qui existe entre un avocat et son client, M^e^ Carey et M. Sabourin ont des intérêts communs, qu'il est manifestement possible de distinguer de ceux que pourrait avoir un tiers au litige qui est informé de l'existence de l'ordonnance judiciaire. En sa qualité d'officier de justice, l'avocat inscrit au dossier est tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir le respect des ordonnances judiciaires. [. . .] [À] titre d'avocat inscrit au dossier en l'espèce, M^e^ Carey doit être assujetti à la même norme de conformité que son client qui était une partie au litige. [par. 64]

(4) Conclusion

[47] Je conclus que l'intention de désobéir n'était pas nécessaire en l'espèce et que, dans la mesure où la juge de première instance a tiré une conclusion différente en infirmant sa conclusion initiale d'outrage, elle a commis une erreur de droit.

B. *Deuxième question : M^e^ Carey s'est-il rendu coupable d'outrage?*

[48] Maître Carey prétend ne pas avoir commis d'outrage et fait valoir deux arguments principaux à l'appui de sa prétention. Il soutient d'abord que le versement à M. Sabourin des fonds détenus en fiducie n'était pas un « transfert » au sens de l'ordonnance, soit parce qu'il n'y a eu aucun changement quant à la propriété effective des fonds, soit parce qu'il s'agissait du remboursement d'un versement excédentaire d'honoraires que permettaient les modifications informellement apportées à l'ordonnance. Il affirme ensuite que sa conduite était conforme à ses obligations découlant du secret professionnel et que, par conséquent, les gestes qu'il

and, as such, Mr. Carey was bound not to disclose that the funds were in his account. But, he submits, leaving the funds where they were and maintaining the privilege would have sheltered them from execution. He maintains that his only option that was consistent with both his professional obligations to his client and to the court was to return the funds to Mr. Sabourin as he did. The privileged nature of the funds precluded him from seeking advice about the proper course of action from the court.

[49] Respectfully, neither of these points withstands careful scrutiny.

(1) The "Transfer"

[50] Mr. Carey contends that there was no transfer of funds within the meaning of the order because there was no change in beneficial ownership when he returned them to Mr. Sabourin. As the Court of Appeal pointed out, the purpose of the order was to prevent dealings with Mr. Sabourin's assets that would defeat the court's process (para. 50). Mr. Carey's position, if accepted, would mean the order actually permitted trustees of assets held for Mr. Sabourin's benefit to freely transfer those assets between accounts and even between jurisdictions, putting those assets beyond the reach of the court in the event of execution, so long as Mr. Sabourin retained beneficial ownership of the assets. An interpretation of the order that permitted this would be illogical: it would clearly defeat the purpose of the order and would also run counter to the plain language of the order specifically prohibiting those with knowledge of it from "dealing with" Mr. Sabourin's assets. For these reasons, I cannot accept Mr. Carey's position.

[51] Mr. Carey also submits that the return of the funds to Mr. Sabourin did not constitute a "transfer" within the meaning of the injunction because it amounted simply to returning an overpayment of reasonable legal fees, the payment of which was permitted by the informal variations to the order agreed

a posés ne peuvent être jugés contraires à l'injonction *Mareva*. L'existence des fonds de M. Sabourin qui étaient détenus dans son compte en fiducie était protégée par le secret professionnel; il avait donc l'obligation de ne pas divulguer qu'ils se trouvaient dans son compte. Cela dit, M^e^ Carey soutient aussi que les fonds auraient été soustraits à l'exécution du jugement s'il les avait laissés dans le compte et avait maintenu le secret professionnel. Selon lui, sa seule option conforme aux obligations professionnelles auxquelles il était tenu envers son client et envers la cour était de retourner les fonds à M. Sabourin comme il l'a fait, et le caractère privilégié des fonds l'empêchait de demander conseil à la cour sur la bonne façon de procéder.

[49] Soit dit en tout respect, ni l'un ni l'autre de ces arguments ne résiste à un examen minutieux.

(1) Le « transfert »

[50] Maître Carey prétend qu'il n'y a pas eu transfert de fonds au sens de l'ordonnance puisqu'il n'y a eu aucun changement quant à leur propriété effective lorsqu'il les a remis à M. Sabourin. Comme l'a souligné la Cour d'appel, l'ordonnance visait à empêcher toute utilisation de l'actif de M. Sabourin qui entraverait le processus judiciaire (par. 50). La thèse de M^e^ Carey, si elle était retenue, signifierait que, dans les faits, l'ordonnance autorisait les fiduciaires des actifs détenus au bénéfice de M. Sabourin à les transférer librement d'un compte à un autre et même d'un lieu à un autre, et à ainsi les mettre hors de portée du tribunal advenant une procédure d'exécution, et ce, tant et aussi longtemps que M. Sabourin en conservait la propriété effective. Il serait illogique d'interpréter ainsi l'ordonnance puisqu'une telle interprétation contrecarrerait manifestement son objectif et serait contraire à son libellé limpide qui interdit spécifiquement à ceux qui en connaissent l'existence d'« utiliser » les actifs de M. Sabourin. Pour ces motifs, je ne peux accepter la position de M^e^ Carey.

[51] Maître Carey soutient également que la remise des fonds à M. Sabourin ne constituait pas un « transfert » au sens de l'injonction parce qu'il s'agissait simplement du remboursement d'un versement excédentaire d'honoraires raisonnables dont le paiement était autorisé par les modifications informelles

to by counsel. Mr. Carey also contends that returning the overpayment was consistent with the standard of practice of the profession at the time. Moreover, if moving funds from the trust account to Mr. Sabourin did constitute a "transfer", then it actually corrected a violation of the order that would have occurred when Mr. Sabourin originally transferred funds to Mr. Carey and he deposited them in his trust account.

[52] Mr. Carey's characterization of the $500,000 in his trust account as an "overpayment" of "reasonable legal fees" in the circumstances of this case is artificial in the extreme. Moreover, even if I were to accept that characterization (and I do not), the clear terms of this order still prohibited any transfer of those "excess" funds. Further, while the question of whether Mr. Sabourin's initial transfer of the funds to Mr. Carey breached the order is not before us, I reject Mr. Carey's submission that if it were a breach, this justifies a subsequent violation of the order by returning the money to Mr. Sabourin.

[53] In my view, Mr. Carey's submissions on this issue rely on alleged uncertainty where none in fact exists. The order clearly prohibited, as the Court of Appeal held, at para. 49, dealing with money held in trust. Mr. Carey's other conduct showed that he understood that, even taking into account the variations informally agreed to by counsel to permit payment of legal and ordinary living expenses, the order was in full force and was binding on him. He unsuccessfully tried to vary the order to permit payments to third party creditors and he rightly declined, on the basis of the order, to carry out Mr. Sabourin's instructions to use the trust money to settle the Brown claims.

acceptées par les avocats apportées à l'ordonnance. Maître Carey prétend également que le remboursement du versement excédentaire correspondait à la norme de pratique de l'époque. En outre, si le fait de remettre les fonds détenus en fiducie à M. Sabourin constituait effectivement un « transfert », ce transfert aurait eu pour effet de corriger la violation de l'ordonnance qui aurait eu lieu quand M. Sabourin a initialement transféré les fonds à M^e^ Carey et que ce dernier les a déposés dans son compte en fiducie.

[52] Maître Carey a qualifié le montant de 500 000 $ détenu dans son compte en fiducie de [TRADUCTION] « versement excédentaire d'honoraires raisonnables » ce qui, en l'espèce, est extrêmement artificiel. De plus, même si j'acceptais cette qualification (ce qui n'est pas le cas), les termes clairs de l'ordonnance interdisaient tout de même tout transfert de fonds « excédentaires ». Par ailleurs, même si nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si le transfert initial des fonds, de M. Sabourin à M^e^ Carey, violait l'ordonnance, je rejette l'argument de M^e^ Carey voulant que, si cela avait constitué une violation de l'ordonnance, il fût justifié de commettre une autre violation en retournant l'argent à M. Sabourin.

[53] À mon avis, les observations de M^e^ Carey sur cette question reposent sur une prétendue incertitude alors qu'il n'en existe aucune. L'ordonnance interdisait clairement, comme l'a souligné la Cour d'appel au par. 49 de ses motifs, que l'argent détenu en fiducie fasse l'objet de quelque opération que ce soit. Les autres agissements de M^e^ Carey indiquaient qu'il comprenait que, même en tenant compte des modifications acceptées officieusement par les avocats dans le but de permettre le paiement des honoraires et des frais de subsistance ordinaires, l'ordonnance était en vigueur et qu'il était lié par elle. Il a tenté sans succès de la faire modifier afin de permettre que des paiements soient effectués à des tiers créanciers et, parce qu'il y était assujetti, il a refusé, à bon droit, de suivre les directives de M. Sabourin et d'utiliser l'argent détenu en fiducie pour régler les réclamations présentées par M. Brown.

(2) Solicitor-Client Privilege

[54] I am not persuaded by Mr. Carey's arguments before this Court that there was a true conflict between the order and his professional duties such that he had no option but to transfer the trust funds back to Mr. Sabourin.

[55] I will assume, but not decide, that the existence of the funds was privileged at the time of the transfer. There are certainly arguments to be considered that the privilege never attached in the first place, or that it was waived by Mr. Sabourin's disclosure of the funds' existence to a third party adverse in interest, as Ms. Laiken submits was the case. Moreover, Mr. Carey's claim in this litigation that the funds' existence was privileged is undermined by his disclosure of that fact in response to a request from the receiver in the unrelated litigation for a full accounting of trust funds, a disclosure which he indicated he believed could be made without even any danger of violating any privilege. Mr. Carey wrote:

> . . . I believe I can provide you with the following information without danger of violating any privilege: on September 21, 2006 our firm was provided with a cheque for $500,000.00 from Peter Sabourin. Subsequently, on October 25, 2006, at the request of Mr. Sabourin, we returned $400,000.00, by way of four (4) Bank Drafts, payable to Peter Sabourin. On November 30, 2006 we returned another $40,000.00 to Peter Sabourin. The balance of the monies were kept in the Trust account and used to pay legal fees resulting in the balance that is currently in our account. [Emphasis added; Letter from Mr. Carey to receiver, November 1, 2007; A.R., vol. IV, at p. 145.]

[56] Be that as it may, Mr. Carey's assumed duty to guard solicitor-client privilege did not conflict with his duty to comply with the order. To fulfill both, he needed only to leave the funds in his trust account once they had been deposited there. In doing so, he would have respected any obligations arising from solicitor-client privilege to maintain the confidentiality of the

(2) Secret professionnel

[54] Les arguments que M^e^ Carey a présentés devant la Cour ne m'ont pas convaincu qu'il y avait un véritable conflit entre l'ordonnance et ses obligations professionnelles, de sorte qu'il n'avait d'autre choix que de remettre les fonds détenus en fiducie à M. Sabourin.

[55] Je tiendrai pour acquis, sans toutefois me prononcer sur la question, que l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel au moment du transfert. Il y a certainement des arguments à prendre en considération selon lesquels le secret professionnel ne s'est jamais appliqué ou M. Sabourin y avait renoncé en divulguant l'existence des fonds à un tiers ayant des intérêts opposés, ce qui était le cas selon M^me^ Laiken. En outre, la prétention de M^e^ Carey en l'espèce, selon laquelle l'existence des fonds était protégée par le secret professionnel, est affaiblie par le fait qu'il a divulgué cette existence lorsqu'il a répondu à une demande de reddition complète des fonds détenus en fiducie envoyée par le séquestre dans une affaire sans rapport avec le présent litige. Il a indiqué qu'il croyait pouvoir divulguer ces renseignements sans même risquer de violer le secret professionnel. Voici en effet ce que M^e^ Carey a écrit :

> [TRADUCTION] . . . j'estime pouvoir vous donner les renseignements suivants sans risquer de violer le secret professionnel : le 21 septembre 2006, notre cabinet a reçu un chèque de 500 000 $ de Peter Sabourin. Ensuite, le 25 octobre 2006, à la demande de M. Sabourin, nous lui avons remis 400 000 $, au moyen de quatre (4) traites bancaires payables à Peter Sabourin. Le 30 novembre 2006, nous avons remis à ce dernier un montant additionnel de 40 000 $. Le solde a été conservé dans le compte en fiducie et utilisé pour payer les honoraires, ce qui explique le solde qui se trouve présentement dans notre compte. [Je souligne; lettre de M^e^ Carey au séquestre, 1^er^ novembre 2007; d.a., vol. IV, p. 145.]

[56] Quoi qu'il en soit, l'obligation qu'a assumée M^e^ Carey relativement au secret professionnel n'était pas incompatible avec son obligation de respecter l'ordonnance. Pour s'acquitter des deux obligations, il n'avait qu'à laisser les fonds dans son compte en fiducie après qu'ils y eurent été déposés. Ainsi, il aurait préservé la confidentialité en ce qui

funds and he would have abided by the terms of the *Mareva* order not to transfer funds held in trust for Mr. Sabourin.

[57] In my view, leaving the funds in his trust account would not have conflicted with other asserted professional obligations. Mr. Carey expressed concern that if he left the funds where they were, he would be assisting in shielding them from execution in the event that Ms. Laiken succeeded in her action against Mr. Sabourin. This position is not only illogical, but ironic in view of the fact that returning them certainly had that effect. It is true that had Mr. Carey retained the funds, a conflict might have developed at the point when Ms. Laiken obtained judgment against Mr. Sabourin. Then Mr. Carey might have had an ethical dilemma on his hands: how would he comply with any solicitor-client privilege obligations (assuming the existence of the funds in trust was privileged), with the *Mareva* order and with any duty to avoid assisting his client in evading execution arising from the judgment? But it is not an answer for Mr. Carey to say that he breached the order so that he would avoid the possibility of a future ethical dilemma.

[58] Accepting that Mr. Carey believed — albeit mistakenly — that there was a true conflict, there were appropriate avenues open to him other than making a unilateral decision to breach the order. The unilateral approach that he adopted gave no weight to the important principle that "a court order, made by a court having jurisdiction to make it, stands and is binding and conclusive unless it is set aside on appeal or lawfully quashed": *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599. See also *Ontario (Attorney General) v. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.), at p. 192: "It is elementary that so long as . . . an order of the court remains in force it must be obeyed."

[59] For one thing, Mr. Carey could have obtained a determination about whether the existence of the

a trait aux fonds, conformément à son obligation de respect du secret professionnel, et il aurait respecté les prescriptions de l'ordonnance *Mareva* de ne pas transférer des fonds détenus en fiducie pour M. Sabourin.

[57] À mon avis, il n'aurait pas été contraire aux autres obligations professionnelles de M^e^ Carey qu'il laisse les fonds dans son compte en fiducie. Il a dit craindre que, s'il avait agi ainsi, il aurait contribué à les soustraire à l'exécution du jugement dans le cas où M^me^ Laiken aurait gain de cause dans son action intentée contre M. Sabourin. Cette position n'est pas seulement illogique, mais aussi ironique étant donné que le transfert des fonds a certainement eu cet effet. Certes, si M^e^ Carey avait conservé les fonds, il aurait pu y avoir un conflit au moment du prononcé d'un jugement contre M. Sabourin en faveur de M^me^ Laiken. Maître Carey aurait alors pu être aux prises avec un dilemme éthique : comment aurait-il réussi à s'acquitter des obligations qui lui incombent en matière de secret professionnel (en tenant pour acquis que l'existence des fonds détenus en fiducie était protégée par le secret professionnel), à respecter l'ordonnance *Mareva* et à se conformer à son obligation d'éviter d'aider son client à se soustraire à l'exécution du jugement? M^e^ Carey ne peut toutefois pas répondre à cela qu'il a violé l'ordonnance pour éviter un futur dilemme éthique.

[58] Si l'on admet que M^e^ Carey croyait — bien qu'erronément — qu'il y avait un véritable conflit, des solutions appropriées s'offraient à lui, mis à part celle de décider unilatéralement de violer l'ordonnance. L'approche unilatérale qu'il a adoptée n'a accordé aucune valeur au principe fondamental selon lequel « une ordonnance rendue par une cour compétente est valide, concluante et a force exécutoire, à moins d'être infirmée en appel ou légalement annulée » : *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599. Voir aussi *Ontario (Attorney General) c. Paul Magder Furs Ltd.* (1991), 6 O.R. (3d) 188 (C.A.), p. 192 : [TRADUCTION] « Il va de soit que tant et aussi longtemps qu'une [. . .] ordonnance demeure en vigueur, elle doit être respectée. »

[59] Tout d'abord, M^e^ Carey aurait pu tenter d'obtenir une décision précisant si l'existence des

funds in trust was covered by solicitor-client privilege. Only if it was would a true conflict potentially exist. He himself at one point thought that information about the funds' existence could be released without any danger of violating solicitor-client privilege. He could have asked his client to waive any privilege over the existence of the funds. Had his client agreed, that would have put an end to any potential future conflict. Mr. Carey also could have sought a variation of the order or direction from the court on an *ex parte* and *in camera* basis. But there is no evidence that Mr. Carey took or even considered taking any of these steps.

[60] In any event, we do not need to make any final pronouncements on what Mr. Carey should have done instead of unilaterally deciding to give the money back. One thing is crystal clear: there was no legal or ethical duty that compelled Mr. Carey to breach the injunction by transferring the trust funds back to Mr. Sabourin or that conflicted with obeying the order. Although I accept that Mr. Carey did not breach the order maliciously or with the intent to interfere with the administration of justice, the law does not require that he have done so in order to satisfy the elements of civil contempt.

C. *Third Issue: Was It Open to the Motions Judge to Set Aside Her Initial Contempt Finding?*

[61] The Court of Appeal held that the motions judge erred in setting aside her initial contempt finding. Neither the *Rules* nor the case law contemplates the procedure the motions judge followed. The interests of justice are best served when the principle of finality is respected. Mr. Carey used the second stage of the proceedings to attack the motions judge's findings and declaration of contempt. This was inappropriate (paras. 30-32).

[62] The court identified two qualifications to the general rule that a contempt finding at the first hearing is final. First, rule 60.11 contemplates that a judge may set aside a finding of contempt if the

fonds en fiducie était protégée par le secret professionnel. Il y aurait eu un véritable conflit seulement dans ce cas. À un moment donné, il a lui-même pensé qu'il pouvait divulguer des renseignements sur l'existence des fonds sans risquer de violer le secret professionnel. Il aurait également pu demander à son client de renoncer au privilège à l'égard de l'existence des fonds. Si M. Sabourin avait accepté, il n'y aurait eu aucune possibilité de conflit futur. Maître Carey aurait aussi pu demander une modification de l'ordonnance ou chercher à obtenir des directives du tribunal à huis clos et en l'absence de l'autre partie. Or, rien n'indique que M^e^ Carey a pris l'une ou l'autre de ces mesures ou qu'il a envisagé de le faire.

[60] Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à statuer de manière définitive sur ce que M^e^ Carey aurait dû faire plutôt que de décider unilatéralement de remettre l'argent. Cependant, une chose est sûre : M^e^ Carey n'était tenu à aucune obligation légale ou éthique qui l'obligeait à violer l'injonction en remettant les fonds en fiducie à M. Sabourin ou qui était incompatible avec le respect de l'ordonnance. Je reconnais que M^e^ Carey n'a pas violé l'ordonnance de façon malveillante ou avec l'intention d'entraver l'administration de la justice, mais le droit n'exige pas que ce soit le cas pour qu'il soit satisfait aux éléments constitutifs de l'outrage civil.

C. *Troisième question : la juge des motions pouvait-elle annuler sa conclusion initiale d'outrage?*

[61] Selon la Cour d'appel, la juge des motions a commis une erreur en annulant sa conclusion initiale d'outrage. Ni les *Règles* ni la jurisprudence ne prévoient le recours à la procédure suivie par la juge des motions. Les intérêts de la justice sont mieux servis quand le principe du caractère définitif des jugements est respecté. Or, M^e^ Carey a utilisé la deuxième étape de la procédure pour contester les conclusions et la déclaration d'outrage de la juge des motions. Cela était inapproprié (par. 30-32).

[62] La cour a relevé deux restrictions à la règle générale selon laquelle une conclusion d'outrage rendue à la première audience est définitive. Premièrement, selon la règle 60.11, un juge peut annuler

contemnor purges the contempt, since the contempt proceedings have secured compliance with the court order. Second, contempt proceedings are subject to the standard principles that allow parties to reopen findings in exceptional circumstances to permit consideration of fresh evidence or new facts that were not before the court at the first hearing.

une conclusion d'outrage si l'auteur de ce dernier a fait amende honorable, puisque la procédure pour outrage aura alors permis de garantir le respect de l'ordonnance judiciaire. Deuxièmement, la procédure pour outrage est assujettie aux principes de base qui permettent de revoir les conclusions d'une décision dans des circonstances exceptionnelles afin que soient examinés de nouveaux éléments de preuve ou de nouveaux faits dont le tribunal ne disposait pas lors de la première audience.

[63] The appellant submits that the Court of Appeal was wrong for two principal reasons: rule 60.11(8) grants the court discretion to set aside a contempt finding and the quasi-criminal nature of civil contempt proceedings demands that judges retain discretion to set aside a finding on the basis of new material evidence. The appellant submits that the motions judge properly exercised her discretion to set aside the contempt finding in this case.

[63] L'appelant soutient que la Cour d'appel a eu tort pour deux raisons principales. Il fait valoir d'abord que le par. 60.11(8) confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire d'annuler une conclusion d'outrage et ensuite que la nature quasi criminelle d'une procédure pour outrage civil exige que les juges conservent le pouvoir discrétionnaire d'annuler une conclusion au motif qu'il y a de nouveaux éléments de preuve substantiels. L'appelant affirme que la juge des motions a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire pour annuler la conclusion d'outrage en l'espèce.

[64] I do not accept these submissions and I agree with the Court of Appeal, for substantially the reasons it gave.

[64] Je ne souscris pas à ces arguments et je suis d'accord avec la Cour d'appel pour essentiellement les mêmes raisons qu'elle a exposées.

[65] The starting point is that, in civil contempt proceedings, once a finding of contempt has been made at the first stage of a bifurcated proceeding, that finding is usually final. As the Court of Appeal stated, "[a] party faced with a contempt motion is not entitled to present a partial defence [at the liability stage] and then, if the initial gambit fails, have a second 'bite at the cherry'" at the penalty stage (para. 32). This would defeat the purpose of the first hearing. This is what the judge at first instance erroneously permitted Mr. Carey to do.

[65] Tout d'abord, dans le cadre de procédures pour outrage civil, une fois qu'une conclusion d'outrage a été tirée à la première étape d'une procédure scindée, cette conclusion est habituellement définitive. Comme l'a souligné la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [l]a partie qui fait l'objet d'une motion pour outrage n'a pas le droit de présenter une défense partielle [à l'étape de la responsabilité] et ensuite, si le plan initial échoue, d'avoir une deuxième chance » à l'étape de la détermination de la peine (par. 32). Cela irait à l'encontre de l'objet de la première audience. C'est ce que la juge de première instance a permis, à tort, à M^e^ Carey de faire.

[66] Without exhaustively outlining the circumstances in which a judge may properly revisit an initial contempt finding, I agree with the Court of Appeal that he or she may do so where the contemnor subsequently complies with the order or otherwise purges his or her contempt or, in exceptional

[66] Sans énoncer de manière exhaustive les circonstances dans lesquelles un juge peut, à bon droit, revenir sur une conclusion d'outrage qu'il avait initialement tirée, je conviens avec la Cour d'appel qu'un juge peut le faire quand l'auteur de l'outrage se conforme ultérieurement à l'ordonnance ou qu'il

circumstances, where new facts or evidence have come to light after the contempt finding was made.

[67] Although the motions judge was concerned that refusing to consider the new evidence would lead to a miscarriage of justice, I agree that neither rule 60.11 nor the case law permitted her to revisit her earlier finding in the circumstances of this case. Rule 60.11(8) allows a judge, on motion, to "discharge, set aside, vary or give directions in respect of an order under subrule (5) or (6) and . . . grant such other relief and make such other order as is just". Relying on the Court of Appeal's comments in its stay decision, the motions judge thought that there was no need to "reopen" Ms. Laiken's motion for contempt, as it was not yet completed: 2012 ONSC 7252, at para. 8. I agree with the Court of Appeal that the motions judge misinterpreted this aspect of the stay decision. The Court of Appeal correctly held that in these circumstances, the motions judge erred in exercising her discretion to permit Mr. Carey to relitigate the initial contempt finding and erred in setting that finding aside.

IV. Disposition

[68] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Torys, Toronto.

Solicitors for the respondent: Brauti Thorning Zibarras, Toronto.

fait amende honorable ou, dans des circonstances exceptionnelles, quand de nouveaux faits ou éléments de preuve sont révélés après que la conclusion d'outrage eut été tirée.

[67] La juge des motions craignait que le fait de refuser d'examiner les nouveaux éléments de preuve entraîne une erreur judiciaire, mais j'estime que ni la règle 60.11 ni la jurisprudence ne lui permettaient de revenir sur sa première conclusion dans les circonstances de l'espèce. Le paragraphe 60.11(8) permet à un juge, sur motion, de « modifier ou [d']annuler une ordonnance rendue en application du paragraphe (5) ou (6), [de] donner des directives qui s'y rapportent ou [d']en donner mainlevée. Il peut accorder une autre mesure de redressement et rendre l'ordonnance qu'il estime juste ». S'appuyant sur les remarques de la Cour d'appel dans sa décision relative au sursis, la juge des motions croyait qu'il n'était pas nécessaire de « rouvrir » la motion pour outrage présentée par M^me^ Laiken, puisqu'elle n'était pas encore terminée : 2012 ONSC 7252, par. 8. Je conviens avec la Cour d'appel que la juge des motions a mal interprété cet aspect de la décision relative au sursis. La Cour d'appel a eu raison de conclure que, dans ces circonstances, la juge des motions a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en permettant à M^e^ Carey de remettre en cause la conclusion initiale et en annulant cette conclusion.

IV. Dispositif

[68] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Torys, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Brauti Thorning Zibarras, Toronto.

Theratechnologies inc.,
Yves Rosconi and Paul Pommier *Appellants*

v.

121851 Canada inc. *Respondent*

and

Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires *Intervener*

INDEXED AS: THERATECHNOLOGIES INC. *v.* 121851 CANADA INC.

2015 SCC 18

File No.: 35550.

2014: December 1; 2015: April 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Securities — Statutory disclosure obligations — Action for damages — Prior judicial authorization — Pharmaceutical company in process of obtaining approval to market new drug — Questions on drug's potential side effects raised as part of approval process — Questions publicized by stock quotation enterprises resulting in drop of pharmaceutical company's share price — Corporate shareholder seeking to institute class action for breach of company's disclosure obligation — Action requiring prior judicial authorization based on whether there is a "reasonable possibility that it will be resolved in plaintiff's favour" — Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5.3, 73, 225.4.

In the spring of 2010, Theratechnologies inc. (Thera) was awaiting the approval of the United States Food and Drug Administration (FDA) for a new drug to reduce excess abdominal fat among HIV patients. As its application proceeded, Thera regularly updated its shareholders and the Commission des valeurs mobilières du Québec about developments in the FDA process. It also regularly

Theratechnologies inc.,
Yves Rosconi et Paul Pommier *Appelants*

c.

121851 Canada inc. *Intimée*

et

Mouvement d'éducation et de défense des actionnaires *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : THERATECHNOLOGIES INC. *c.* 121851 CANADA INC.

2015 CSC 18

N° du greffe : 35550.

2014 : 1er décembre; 2015 : 17 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Valeurs mobilières — Obligations légales de divulgation — Action en dommages-intérêts — Autorisation judiciaire préalable — Société pharmaceutique en cours d'obtention de l'approbation d'une drogue nouvelle — Questions relatives aux effets secondaires possibles du médicament soulevées dans le cadre du processus d'approbation — Publication des questions par une entreprise de cotation boursière entraînant une chute du prix des actions de la société pharmaceutique — Société actionnaire cherchant à intenter un recours collectif pour manquement à l'obligation de divulgation de la société — Autorisation judiciaire préalable de l'action accordée s'il existe « une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » — Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5.3, 73, 225.4.

Au printemps 2010, Theratechnologies inc. (Thera) attendait que la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis approuve un nouveau médicament qui réduit l'excès de gras abdominal chez les patients atteints du VIH. Pendant que la demande suivait son cours, Thera a informé régulièrement ses actionnaires et la Commission des valeurs mobilières du Québec de l'évolution du

informed its shareholders about the results of its clinical trials measuring the safety and efficacy of the drug, including potential side effects. The trials indicated that the benefits of the drug could be "achieved without significant side effects".

As is common during the new drug approval process, the FDA referred a number of questions about this drug to an expert Advisory Committee, including questions about its potential side effects. The FDA also made these questions public as part of a package of briefing materials on its website. Thera believed the briefing documents it had already provided to the FDA and the clinical results it had already made public to its investors offered a comprehensive response to the specific questions the FDA had posed. When the questions were publicized by stock quotation enterprises, the price of the company's shares dropped. 121851 Canada inc., a holding company, sold its shares in Thera during this period. Ultimately, the drug was approved by the FDA and Thera's share price recovered.

121851 sought authorization under s. 225.4 of the *Securities Act* to bring a class action for damages against Thera, claiming that the information about the potential side effects of the drug and the FDA's questions about those side effects amounted to a material change in Thera's business, operations or capital, triggering timely disclosure obligations under s. 73 of the *Securities Act*.

Under s. 225.4, the court is a gatekeeper, and grants authorization "if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff". The Motions Judge concluded that the authorization mechanism in s. 225.4 of the *Securities Act* imposed a higher threshold than art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, which deals with the authorization of class actions generally, but found sufficient evidence to support the conclusion that 121851's action had a reasonable possibility of success. The Court of Appeal agreed with the Motions Judge that the screening mechanism under s. 225.4 was more stringent than for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* and required more than a mere possibility of success. It also agreed that the threshold was met in this case.

processus à la FDA. Elle a également informé régulièrement ses actionnaires au sujet du résultat de ses études cliniques visant à évaluer l'efficacité et l'innocuité du médicament, y compris ses effets secondaires possibles. Les études indiquaient que les avantages du médicament étaient « obtenus sans effets secondaires significatifs ».

Comme il est courant dans le cadre du processus d'approbation d'une drogue nouvelle, la FDA a soumis à un comité consultatif d'experts un certain nombre de questions au sujet de ce médicament, notamment des questions au sujet de ses effets secondaires possibles. La FDA a également rendu publiques ces questions en les incorporant dans une série de documents d'information affichés sur son site Web. Thera croyait que les documents d'information déjà fournis par elle à la FDA et les résultats cliniques déjà communiqués à ses investisseurs répondaient de façon exhaustive aux questions précises soulevées par la FDA. Lorsque des entreprises de cotation boursière ont publié ces questions, le prix des actions de la société a chuté. 121851 Canada inc., une société de portefeuille, a vendu ses actions de Thera au cours de cette période. En fin de compte, la FDA a approuvé le médicament et le prix des actions de Thera s'est rétabli.

121851 a demandé au tribunal l'autorisation d'intenter un recours collectif en dommages-intérêts contre Thera, conformément à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, alléguant que les renseignements au sujet des effets secondaires possibles du médicament et les questions de la FDA au sujet de ces effets secondaires équivalaient à un changement important dans l'activité, l'exploitation ou le capital de Thera, ce qui donnait naissance à l'obligation, prévue à l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, de fournir l'information occasionnelle.

L'article 225.4 confère au tribunal un rôle de gardien qui accorde une autorisation « s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le premier juge a conclu que le mécanisme d'autorisation prévu à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* impose un critère préliminaire plus strict que celui prévu à l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, qui traite de l'autorisation générale d'intenter un recours collectif, mais il a jugé que la preuve était suffisante pour étayer la conclusion que l'action intentée par 121851 avait une possibilité raisonnable de succès. La Cour d'appel a convenu avec le premier juge que le mécanisme de filtrage prévu à l'art. 225.4 était plus exigeant que le critère d'autorisation d'un recours collectif prévu par l'art. 1003 du *Code de procédure civile* et qu'il exigeait plus qu'une simple possibilité d'avoir gain de cause. Elle a également conclu qu'il avait été satisfait à ce critère en l'espèce.

Held: The appeal should be allowed.

Section 225.4 of the *Securities Act* is part of a new regime to address breaches of continuous disclosure obligations in the secondary market, the market in which a company's shares are traded publicly after they have been issued or distributed by the company. The reforms were inspired by the recommendations of the Allen Committee, suggested after a number of high profile misrepresentations at publicly traded companies. The Committee concluded that the remedies available to investors injured by misleading disclosure in the secondary trading market were so difficult to pursue, that they were largely illusory. As a result, it recommended the creation of a statutory civil liability regime that would help investors sue issuers, directors, and officers who violated statutory disclosure obligations.

Under Quebec's new regime, when a security is acquired or transferred at the time of a false declaration or omission of information that should have been disclosed, the fluctuation in the value of the security is presumed to be attributable to that fault. Investors are thereby released from the burden of demonstrating that the variation in the market price of the security was linked to the misinformation or omission, and from demonstrating that they personally relied on that misinformation or omission in buying or transferring the security. In order to discourage the kind of strike suits that had become common in the United States under more investor-friendly regimes, the Quebec scheme established an authorization mechanism — s. 225.4 — to permit only actions in good faith and with a "reasonable possibility" that the claim would be resolved "in favour of the plaintiff". The regime reflected an attempt to strike a balance between preventing unmeritorious litigation and strike suits and, at the same time, ensuring that investors have a meaningful remedy when issuers breach disclosure obligations.

The "reasonable possibility" that the claim would be resolved in favour of the plaintiff required under s. 225.4 sets out a different and higher standard than the general threshold for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*. Under art. 1003, the court seeks only to identify whether "the facts alleged seem to justify the conclusions sought", that is, whether the applicant has established "a good colour of right". The Quebec legislature used different language in s. 225.4 to create a more meaningful screening mechanism in the securities context so that costly strike suits

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

L'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* s'inscrit dans un nouveau régime visant à lutter contre les atteintes à l'obligation d'information continue dans le marché secondaire, le marché où se négocient publiquement les actions qu'une entreprise a émises ou distribuées. La réforme s'inspire des recommandations faites par le comité Allen à la suite d'un certain nombre d'affaires médiatisées de déclarations inexactes impliquant des sociétés ouvertes. Le comité a conclu que les recours offerts aux investisseurs du marché secondaire lésés par une divulgation trompeuse étaient si difficiles à exercer qu'ils étaient largement illusoires. En conséquence, il a recommandé la création d'un régime légal de responsabilité civile qui aiderait les investisseurs à poursuivre en justice les émetteurs, les dirigeants et les administrateurs qui manquent à leurs obligations légales d'information.

Sous le nouveau régime québécois, lorsqu'un titre est acquis ou transféré à la suite d'une fausse déclaration ou d'un défaut de fournir une information qui aurait dû l'être, la fluctuation de la valeur du titre est présumée être attribuable à cette faute. Les investisseurs se trouvent ainsi libérés du fardeau de démontrer que l'écart enregistré dans le prix du marché pour ce titre est lié à cette information erronée ou à ce défaut de fournir l'information, et du fardeau de démontrer qu'ils se sont personnellement fiés à cette information ou à l'absence de l'information au moment de l'achat ou du transfert du titre. Afin de décourager le genre de recours opportunistes devenus courants aux États-Unis en vertu de régimes plus favorables aux investisseurs, le régime québécois a prévu un mécanisme d'autorisation — l'art. 225.4 — afin de ne permettre que les actions intentées de bonne foi, s'il existe une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le régime visait donc l'atteinte d'un équilibre entre la volonté de mettre un frein aux recours injustifiés ou opportunistes et celle d'offrir aux investisseurs un recours valable lorsque les émetteurs ne respectent pas leurs obligations d'information.

La « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause qu'exige l'art. 225.4 établit un critère plus exigeant que le critère général d'autorisation applicable en matière de recours collectif prévu à l'art. 1003 du *Code de procédure civile*. Sous le régime de l'art. 1003, le tribunal cherche seulement à déterminer si « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées », c'est-à-dire si le demandeur a établi « une apparence sérieuse de droit ». Le législateur québécois a employé un libellé différent à l'art. 225.4 pour créer un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif

and unmeritorious claims would be prevented. The threshold requires that there be a reasonable or realistic chance that the action will succeed.

A case with a realistic chance of success requires the claimant to offer some credible evidence in support of the claim. Courts must therefore undertake a reasoned consideration of the evidence to ensure that the action has some merit, but the authorization stage under s. 225.4 should not be treated as a mini-trial. If the goal of the screening mechanism is to prevent costly strike suits and litigation with little chance of success, it follows that the evidentiary requirements should not be so onerous as to essentially replicate the demands of a trial. A full analysis of the evidence is unnecessary. What *is* required is sufficient evidence to persuade the court that there is a realistic chance that the action will be resolved in the claimant's favour.

121851 claims that Thera breached s. 73 of the *Securities Act*, which requires issuers to provide timely disclosure of material changes to investors. A material change has two components. There must be a change in the business, operations or capital of the issuer and the change must be material, which means it would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer. 121851 argues that when Thera received the FDA briefing materials for the Advisory Committee, it should have issued a responsive press release. But 121851 has not pointed to any evidence that could qualify as a change in Thera's operations, capital or business as described in s. 5.3 of the *Securities Act*. The results of the clinical trials, including potential side effects, were disclosed to shareholders as they became available. There was no new information about the side effects of the drug that required timely disclosure when the FDA mentioned those side effects in the briefing materials.

Nor has 121851 pointed to any evidence to suggest that the questions the FDA posed to its advisory committee about these side effects, or the contents of its briefing package more generally, departed in any way from the regular and routine process through which the FDA assesses whether a drug should be approved. Rather, they

dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées. Le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause.

Pour démontrer une possibilité réaliste d'avoir gain de cause, le demandeur doit présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande. Les tribunaux doivent donc entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée, mais l'étape de l'autorisation prévue par l'art. 225.4 ne doit pas être traitée comme un mini procès. Si le mécanisme de filtrage a pour objectif d'écarter les poursuites opportunistes coûteuses et celles qui ont peu de chances d'être accueillies, il s'ensuit que les exigences en matière de preuve ne doivent pas être lourdes au point d'être pratiquement identiques à celles d'un procès. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de la preuve. Ce qui *est* exigé, c'est une preuve suffisante pour convaincre le tribunal de l'existence d'une possibilité réaliste que le demandeur ait gain de cause.

121851 allègue que Thera a dérogé à l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* qui oblige les émetteurs à fournir aux investisseurs l'information occasionnelle au sujet d'un changement important. Un changement important comporte deux éléments. Il faut un changement dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur, et ce changement doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des titres de l'émetteur. 121851 soutient que lorsque Thera a reçu les documents d'information de la FDA destinés au comité consultatif, elle aurait dû y répondre par un communiqué de presse. Mais 121851 n'a présenté aucun élément de preuve de nature à constituer un changement important dans l'activité, le capital ou l'exploitation de Thera au sens de l'art. 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Les résultats des essais cliniques, y compris les effets secondaires possibles, ont été communiqués aux actionnaires aussitôt qu'ils ont été disponibles. Aucun nouveau renseignement sur les effets secondaires du médicament ne devait faire l'objet d'une information occasionnelle lorsque la FDA a fait mention de ces effets secondaires dans les documents d'information.

121851 n'a pas non plus signalé aucun élément de preuve tendant à indiquer que les questions posées à son comité consultatif par la FDA au sujet de ces effets secondaires, ou, de façon plus générale, que le contenu de ses documents d'information, s'écartaient d'une quelconque façon du processus courant par lequel la FDA

are a routine step in the FDA's work to determine whether a drug's benefits outweigh its risks. It is difficult to characterize these questions as any kind of change to Thera's business, operations, or capital requiring a reassuring public response from Thera.

Because the evidence does not credibly point to a material change that could have triggered disclosure obligations, there is no reasonable possibility that 121851's action under s. 73 of the *Securities Act* could succeed.

Cases Cited

Distinguished: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; **referred to:** *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL); *Cornish v. Ontario Securities Commission*, 2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107; *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] 3 S.C.R. 600; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65; *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) v. Manulife Financial Corp.*, 2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80; *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222, leave to appeal refused, 2011 ONSC 1035, 105 O.R. (3d) 212; *Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund*, 2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261; *Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, aff'd 2012 BCCA 456, 39 B.C.L.R. (5th) 44; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641; *Kerr v. Danier Leather Inc.*, 2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331; *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Securities Act and other legislative provisions, S.Q. 2007, c. 15 [Bill 19].
Civil Code of Québec, arts. 1457, 1607.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25, art. 1003.
Securities Act, CQLR, c. V-1.1, ss. 5 "material fact", 5.3, 73, 225.4.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 147.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 85.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 81.

décide si un médicament doit être approuvé. Il s'agit plutôt d'une étape courante qui fait partie du travail de la FDA de décider si les avantages d'un médicament l'emportent sur les risques qu'il présente. Il est difficile de considérer ces questions comme constituant, dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera, une forme de changement exigeant de cette dernière qu'elle réagisse publiquement de façon rassurante.

Étant donné que la preuve ne permet pas de conclure de manière crédible qu'un changement important a donné naissance à des obligations d'information, il n'existe aucune possibilité raisonnable que 121851 ait gain de cause dans son action intentée sur le fondement de l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Cartaway Resources Corp. (Re)*, 2000 BCSECCOM 88, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL); *Cornish c. Ontario Securities Commission*, 2013 ONSC 1310, 306 O.A.C. 107; *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] 3 R.C.S. 600; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65; *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.*, 2013 ONSC 4083, 44 C.P.C. (7th) 80; *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222, autorisation d'appel refusée, 2011 ONSC 1035, 105 O.R. (3d) 212; *Dobbie c. Arctic Glacier Income Fund*, 2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261; *Round c. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, conf. par 2012 BCCA 456, 39 B.C.L.R. (5th) 44; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2014 ONCA 90, 118 O.R. (3d) 641; *Kerr c. Danier Leather Inc.*, 2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331; *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1457, 1607.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25, art. 1003.
Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives, L.Q. 2007, c. 15 [projet de loi nº 19].
Loi sur les valeurs mobilières, L.N.-B. 2004, c. S-5.5, art. 89(1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 75, 138.8(1).

Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 75, 138.8(1).
Securities Act, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 89(1).

Authors Cited

Canadian Securities Administrators. "National Policy 51-201 Disclosure Standards", reproduced in (2002), 25 OSCB 4492.

Canadian Securities Administrators. "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

Falutz, Julian, et al. "Effects of Tesamorelin, a Growth Hormone-Releasing Factor, in HIV-Infected Patients With Abdominal Fat Accumulation: A Randomized Placebo-Controlled Trial With a Safety Extension" (2010), 53 *J. Acquir. Immune Defic. Syndr.* 311.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2007.

Groia, Joseph, and Pamela Hardie. *Securities Litigation and Enforcement*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2012.

Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Pritchard, A. C., and Janis P. Sarra. "Securities Class Actions Move North: A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada" (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881.

Quebec. Assemblée nationale. Commission permanente des finances publiques. "Étude détaillée du projet de loi nº 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives", *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, nº 10, 1re sess., 38e lég., 25 octobre 2007, p. 1-2.

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*. Toronto: The Exchange, 1997.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochon, Bouchard and Gascon JJ.A.), 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, [2013] AZ-50988427, [2013] Q.J. No. 7925 (QL), 2013 CarswellQue 10168 (WL Can.), affirming a decision of Blanchard J., 2012 QCCS 699, [2012] AZ-50834966,

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1, art. 5 « fait important », 5.3, 73, 225.4.
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 147.
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 85.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, art. 81.

Doctrine et autres documents cités

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Instruction générale 51-201 relative aux lignes directrices en matière de communication de l'information » (en ligne : http://www.lautorite.qc.ca/files//pdf/reglementation/valeurs-mobilieres/51-201/2002-07-12/2002juil12-51-201-ig-final-fr.pdf).

Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

Falutz, Julian, et al. « Effects of Tesamorelin, a Growth Hormone-Releasing Factor, in HIV-Infected Patients With Abdominal Fat Accumulation : A Randomized Placebo-Controlled Trial With a Safety Extension » (2010), 53 *J. Acquir. Immune Defic. Syndr.* 311.

Gillen, Mark R. *Securities Regulation in Canada*, 3rd ed., Toronto, Thomson Carswell, 2007.

Groia, Joseph, and Pamela Hardie. *Securities Litigation and Enforcement*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2012.

Johnston, David, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford. *Canadian Securities Regulation*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Pritchard, A. C., and Janis P. Sarra. « Securities Class Actions Move North : A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881.

Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des finances publiques. « Étude détaillée du projet de loi nº 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, nº 10, 1re sess., 38e lég., 25 octobre 2007, p. 1-2.

Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, Toronto, The Exchange, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochon, Bouchard et Gascon), 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, [2013] AZ-50988427, [2013] J.Q. nº 7925 (QL), 2013 CarswellQue 7067 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Blanchard, 2012 QCCS 699, [2012]

[2012] J.Q. nº 1529 (QL), 2012 CarswellQue 1636 (WL Can.). Appeal allowed.

Pierre Y. Lefebvre and *Philippe Charest-Beaudry*, for the appellants.

Michel Savonitto and *Vicky Berthiaume*, for the respondent.

Éric Lemay and *Dimitri Lascaris*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Abella J. — The genesis of this case was a new drug application to the U.S. Food and Drug Administration (FDA) by a pharmaceutical research and development company based in Montréal. As is common during the new drug approval process, the FDA referred a number of questions about this drug to an expert Advisory Committee, including questions about the drug's potential side effects. The FDA also made these questions public as part of a package of briefing materials on its website. When the questions were publicized by stock quotation enterprises, the price of the company's shares dropped sharply.

[2] A holding company that sold its shares during this period sought authorization to bring a class action for damages under s. 225.4 of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1, alleging a breach of statutory disclosure obligations.

[3] In 2007, changes to the *Securities Act* created a new statutory cause of action that enabled investors to bring claims against reporting issuers who breach their obligation to disclose material facts and changes to their shareholders. Actions for damages may not be brought without the prior authorization of the court pursuant to s. 225.4. A court will grant

AZ-50834966, [2012] J.Q. nº 1529 (QL), 2012 CarswellQue 1636 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Pierre Y. Lefebvre et *Philippe Charest-Beaudry*, pour les appelants.

Michel Savonitto et *Vicky Berthiaume*, pour l'intimée.

Éric Lemay et *Dimitri Lascaris*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] La juge Abella — Le présent pourvoi tire son origine d'une demande de drogue nouvelle présentée à la Food and Drug Administration (FDA) des États-Unis par une société pharmaceutique de recherche et de développement établie à Montréal. Comme il est courant dans le cadre du processus d'approbation d'une drogue nouvelle, la FDA a soumis à un comité consultatif d'experts un certain nombre de questions au sujet de ce médicament, notamment des questions au sujet de ses effets secondaires possibles. La FDA a également rendu publiques ces questions en les incorporant dans une série de documents d'information qu'elle a affichés sur son site Web. Lorsque des entreprises de cotation boursière ont publié ces questions, le prix des actions de la société a enregistré une chute marquée.

[2] Une société de portefeuille qui a vendu ses actions au cours de cette période a demandé l'autorisation d'intenter un recours collectif en dommages-intérêts en application de l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1, alléguant un manquement aux obligations d'information imposées par la loi.

[3] Des modifications apportées en 2007 à la *Loi sur les valeurs mobilières* ont créé une nouvelle cause d'action qui permet aux investisseurs de poursuivre en justice les émetteurs assujettis qui manquent à leur obligation de communiquer aux actionnaires tous les faits et changements. Aux termes de l'art. 225.4, aucune action en dommages-intérêts

authorization "if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff". The issue in this appeal is whether there was a "reasonable possibility" of success within the meaning of this provision.

[4] I agree with the Court of Appeal that the threshold set out in s. 225.4 for authorization requires more than a mere possibility of success, but, with great respect, do not share its conclusion that the threshold was met in this case.

Background

[5] Theratechnologies inc. (Thera) is a pharmaceutical research and development company based in Montréal and listed on the Toronto Stock Exchange. 121851 Canada inc. is a holding company. Roger St-Germain is its sole shareholder and director. At the relevant time, 121851 Canada inc. had 190,000 Thera shares.

[6] On June 1, 2009, Thera filed a new drug application with the FDA for tesamorelin, a drug to reduce excess abdominal fat among HIV patients. The FDA's Center for Drug Evaluation and Research is charged with reviewing and evaluating new drug applications from companies like Thera. Its role is to decide whether the studies submitted by the drug's sponsoring company — typically, its manufacturer — show the new drug to be safe and effective. If the sponsoring company demonstrates that the drug's benefits outweigh its known risks, the FDA will approve it.

[7] As part of its usual process of evaluating the safety and efficacy of a drug, the FDA will often convene a meeting of an expert Advisory Committee. The FDA provides this Advisory Committee with two packages of briefing materials in advance of the meeting, one containing information prepared by the FDA and the other containing information prepared

ne peut être intentée sans l'autorisation préalable du tribunal. Le tribunal accorde l'autorisation « s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Le présent pourvoi porte sur la question de savoir s'il existait une « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause au sens de l'art. 225.4.

[4] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le critère d'autorisation énoncé à l'art. 225.4 exige plus qu'une simple possibilité d'avoir gain de cause, mais, avec égards, je ne partage pas sa conclusion selon laquelle il a été satisfait à ce critère en l'espèce.

Contexte

[5] Theratechnologies inc. (Thera) est une société pharmaceutique de recherche et de développement établie à Montréal et inscrite à la Bourse de Toronto. 121851 Canada inc. est une société de portefeuille. Roger St-Germain en est le seul actionnaire et administrateur. À l'époque pertinente, 121851 Canada inc. détenait 190 000 actions de Thera.

[6] Le 1er juin 2009, Thera a déposé auprès de la FDA une demande de drogue nouvelle relative à la tésamoréline, un médicament qui permet de réduire l'excès de gras abdominal chez les patients atteints du VIH. Le centre de recherche et d'évaluation des médicaments de la FDA est chargé d'examiner et d'évaluer les demandes de drogues nouvelles que présentent les entreprises telles que Thera. Il a pour mandat de déterminer si les rapports d'études soumis par l'entreprise qui présente la demande — habituellement le fabricant — établissent l'innocuité et l'efficacité du médicament. Si l'entreprise en question démontre que les avantages du médicament l'emportent sur les risques qu'il présente, la FDA l'approuvera.

[7] Dans le cadre du processus habituel d'évaluation de l'efficacité et de l'innocuité d'un médicament, il arrive souvent que la FDA convoque une réunion d'un comité consultatif d'experts. La FDA remet au préalable au comité deux séries de documents d'information, l'un contenant des renseignements préparés par la FDA, et l'autre des renseignements

by the sponsoring company. The FDA's package includes a background introductory memorandum that sets out the crucial considerations associated with the application, and questions the FDA wishes to submit to its Advisory Committee to answer upon review of the Briefing Package. Based on the information in the Briefing Package, an Advisory Committee may decide to recommend approval or disapproval of a new drug application. The FDA generally follows the advice of the Advisory Committee, but is not bound to do so.

[8] As its application proceeded through this FDA process, Thera regularly updated its shareholders and the Commission des valeurs mobilières du Québec about developments in the application process. On November 5, 2009, Thera issued a press release announcing that the FDA had requested an opinion from its Endocrinologic and Metabolic Drugs Advisory Committee about Thera's application. On January 18, 2010, Thera announced that the Advisory Committee would meet on February 24, 2010 to discuss its application. On January 25, 2010, Thera issued another press release indicating that the Advisory Committee meeting had been postponed. And on February 25, 2010, it announced that the meeting had been rescheduled for May 27, 2010. On March 22, 2010, it issued a press release confirming this date.

[9] Between 2005 and the end of 2008, as part of its efforts to gain FDA approval for tesamorelin, Thera undertook two "phase-three" clinical trials of the drug that aimed to test its safety and efficacy among HIV patients. A phase-three clinical trial is a randomized, relatively large-scale test of a drug's safety and therapeutic effect on patients. Because the growth hormone that tesamorelin triggers is associated with increased risk of diabetes, the clinical trials measured the blood sugar levels of participating patients to evaluate potential side effects of the drug.

[10] Throughout this period, Thera regularly disclosed information about the progress of its clinical

préparés par la société qui présente la demande. Les documents de la FDA contiennent notamment un exposé contextuel énonçant les enjeux cruciaux soulevés par la demande, ainsi que les questions auxquelles la FDA voudrait que le comité consultatif réponde après avoir étudié l'ensemble de l'information. À la lumière des renseignements contenus dans la série de documents, le comité consultatif peut décider de recommander à la FDA d'approuver ou de rejeter la demande de drogue nouvelle. La FDA suit en général l'avis du comité consultatif, mais elle n'est pas tenue de le faire.

[8] Pendant que la demande suivait son cours à la FDA, Thera a informé régulièrement ses actionnaires et la Commission des valeurs mobilières du Québec de l'évolution du processus. Le 5 novembre 2009, Thera a publié un communiqué de presse annonçant que la FDA avait demandé l'opinion de son comité consultatif des traitements endocriniens et métaboliques au sujet de sa demande. Le 18 janvier 2010, Thera a annoncé que le comité consultatif se réunirait le 24 février 2010 pour examiner sa demande. Le 25 janvier 2010, Thera a publié un autre communiqué de presse annonçant le report de la réunion du comité consultatif. Le 25 février 2010, elle a annoncé que la date de la réunion avait été fixée au 27 mai 2010. Le 22 mars 2010, elle a publié un communiqué de presse confirmant la tenue de la réunion à cette date.

[9] Entre 2005 et la fin de l'année 2008, dans le cadre de ses efforts visant à obtenir l'approbation de la FDA pour la tésamoréline, Thera a procédé à deux essais cliniques de phase 3 destinés à tester l'efficacité et l'innocuité du médicament chez les patients atteints du VIH. L'essai clinique de phase 3 est réalisé sur une base aléatoire et à une échelle relativement grande et vise à tester l'innocuité et les effets thérapeutiques d'un médicament chez les patients. Parce que l'hormone de croissance déclenchée par la tésamoréline est associée à un risque accru de diabète, la glycémie des participants aux essais cliniques a été mesurée afin d'évaluer les effets secondaires potentiels du médicament.

[10] Au cours de cette période, Thera a informé régulièrement ses actionnaires de la progression

trials to its shareholders. In its 2008 Annual Notice, Thera commented on the results of its studies showing a "good safety profile", and indicated it would study tesamorelin's effects related to glucose intolerance.

[11] In a press release on November 11, 2009, Thera announced the combined results of its phase-three clinical trials, which indicated that possible side effects of the drug on blood sugar were not clinically significant. On March 1, 2010, Thera announced the publication of these results in an article in the *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, concluding that the benefits of the drug were "achieved without significant side effects or perturbation of glucose".

[12] In April 2010, Thera provided the FDA with a Briefing Package that contained a description of tesamorelin and a summary of the results from the different clinical studies that Thera had already disclosed to its investors. This Briefing Package is traditionally made public by the FDA when it publishes its own briefing materials. In its Briefing Package, Thera explained that

> [t]he effect of tesamorelin administration on glycemic parameters was a theoretical safety concern because of well known diabetogenic effect of GH [growth hormone]. In the Phase 3 studies, no clinically significant differences were observed over 52 weeks between tesamorelin 2 mg and placebo for changes from baseline in FBG, insulin, HOMA-IR, and HbA1c. With regard to FBG shifts and changes in glucose categories, as well as shifts in HbA1c categories, greater differences from baseline occurred in the tesamorelin group. Nevertheless, there was some reversal of these effects after the first 26 weeks. Overall, the data suggest no major safety concerns with regard to glucose homeostasis and that any glycemic changes can be managed in clinical practice. [Emphasis added.]

des essais cliniques. Dans sa Notice annuelle pour l'année 2008, Thera a commenté les résultats d'études faisant état d'un « bon profil d'innocuité », et a indiqué qu'elle étudierait les effets de la tésamoréline chez les patients intolérants au glucose.

[11] Le 11 novembre 2009, Thera a annoncé par communiqué les résultats combinés de ses études cliniques de phase 3, suivant lesquels les effets secondaires potentiels du médicament sur la glycémie n'étaient pas cliniquement significatifs. Le 1er mars 2010, Thera a annoncé la publication de ces résultats dans un article du *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes* et a conclu que les avantages du médicament étaient [TRADUCTION] « obtenus sans effets secondaires significatifs ni perturbation du glucose ».

[12] En avril 2010, Thera a transmis à la FDA un dossier d'information comportant une description de la tésamoréline et un résumé des résultats des différentes études cliniques, résultats que Thera avait déjà communiqués à ses investisseurs. Ce dossier d'information est habituellement rendu public par la FDA au moment où elle publie ses propres documents d'information. Dans son dossier d'information, Thera expliquait ce qui suit :

> [TRADUCTION] L'effet de l'administration de la tésamoréline sur les paramètres glycémiques constituait une préoccupation théorique en matière d'innocuité en raison de l'effet diabétogène bien connu de l'hormone de croissance. Dans les études de phase 3, aucun changement cliniquement significatif par rapport aux valeurs de référence n'a été observé pendant 52 semaines, au cours desquelles 2 mg de tésamoréline ou un placebo ont été administrés, quant à la glycémie à jeun, à l'insuline, au modèle d'homéostasie de l'insulinorésistance (HOMA-IR) et à l'HbA1c. En ce qui concerne les variations de la glycémie à jeun, les changements de catégorie d'indice glycémique et les changements de catégorie d'HbA1c, des différences plus marquées par rapport aux valeurs de référence ont été observées dans le groupe ayant reçu la tésamoréline. Il y avait cependant un certain renversement de ces effets après les 26 premières semaines. Globalement, les données ne révèlent aucune préoccupation majeure en matière d'innocuité en ce qui concerne l'homéostasie du glucose, et elles indiquent que tout changement lié à la glycémie peut être traité cliniquement. [Je souligne.]

[13] On May 11, 2010, the FDA sent Thera a briefing document it had prepared for the Advisory Committee meeting, including a copy of a Background Introductory Memorandum which contained questions about tesamorelin's side effects. FDA policy was to publish on its website all the materials assembled for the new drug application at least 48 hours before an Advisory Committee meeting. In accordance with its policy, on May 25, the FDA published the information it had compiled about tesamorelin, including the briefing materials compiled by both Thera and the FDA.

[13] Le 11 mai 2010, la FDA a envoyé à Thera un document d'information qu'elle avait préparé en vue de la réunion du comité consultatif, dont une copie d'un exposé contextuel dans lequel figuraient des questions relatives aux effets secondaires de la tésamoréline. La FDA avait comme politique de publier sur son site Web, au moins 48 heures avant la réunion du comité consultatif, tous les documents rassemblés dans le cadre d'une demande de drogue nouvelle. Conformément à sa politique, la FDA a publié le 25 mai les renseignements qu'elle avait recueillis sur la tésamoréline, notamment les documents d'information rassemblés par elle et par Thera.

[14] The FDA's Background Introductory Memorandum attracted the attention of stock quotation enterprises, including Dow Jones who, on the basis of the questions that the FDA had asked its Advisory Committee, expressed concern that tesamorelin could increase the risk of diabetes. At about 9 a.m. on May 25, for example, Dow Jones issued a press release that said: "FDA: Theratechnologies Drug Cuts Abdominal Fat In HIV Patients". A minute later, it issued a second press release: "FDA: Proposed Theratechnologies Drug Might Increase Diabetes Risk". At about 9:30 a.m., it released a short article that underscored the efficacy of the drug, but also drew attention to the fact that some patients in the study had experienced an increased risk of diabetes. The article did not specify that Thera's clinical results had concluded that the effects of tesamorelin on the glycemic parameters of these patients were minor, transitory, and easily clinically managed.

[14] L'exposé contextuel préparé par la FDA a attiré l'attention des entreprises de cotation boursière, dont Dow Jones, laquelle, après avoir pris connaissance des questions soumises par la FDA à son comité consultatif, s'est dite préoccupée par le fait que la tésamoréline pourrait accroître le risque de diabète. Vers 9 h le 25 mai, par exemple, la société Dow Jones a publié un communiqué de presse rédigé comme suit : [TRADUCTION] « FDA : Le médicament de Theratechnologies réduit la graisse abdominale chez les patients atteints du VIH ». Une minute plus tard, elle en publiait un deuxième : « FDA : Le médicament proposé par Theratechnologies pourrait accroître le risque de diabète ». Vers 9 h 30, elle publiait un court article dans lequel elle soulignait l'efficacité du médicament, mais attirait également l'attention sur le fait que, chez certains patients ayant participé à l'étude, le risque de diabète avait augmenté. L'article ne précisait pas que les essais cliniques effectués par Thera avaient permis de conclure que les effets de la tésamoréline sur les paramètres glycémiques de ces patients étaient mineurs, transitoires et facilement traitables cliniquement.

[15] Thera did not react publicly because it believed the briefing documents it had already provided to the FDA and the clinical results it had already made public to its investors offered a comprehensive response to the specific questions the FDA had posed.

[15] Thera n'a pas réagi publiquement parce qu'elle croyait que les documents d'information déjà fournis par elle à la FDA et les résultats cliniques déjà communiqués à ses investisseurs répondaient de façon exhaustive aux questions précises soulevées par la FDA.

[16] When Mr. St-Germain became aware of the Dow Jones press releases on May 25, he decided to sell his company's shares of Thera, resulting in a net loss of $271,752 from the shares' value on May 21, 2010. For the next two days, Thera's shares were traded extensively and their price dropped by 58 percent. On May 27, 2010, the Toronto Stock Exchange stopped all transactions of Thera's shares. The same day, the Advisory Committee unanimously voted in favour of approving Thera's new drug application for tesamorelin. Thera announced this news by press release late that afternoon. On May 28, when trading of Thera's stock resumed, its share price recovered. The FDA approved the new drug application on November 10, 2010.

[16] Lorsque M. St-Germain a pris connaissance des communiqués de presse publiés par Dow Jones le 25 mai, il a décidé de vendre les actions de Thera détenues par sa société, enregistrant ainsi une perte nette de 271 752 $ par rapport à la valeur du titre en date du 21 mai 2010. Au cours des deux jours suivants, les actions de Thera ont fait l'objet d'un fort volume de transactions et le prix de l'action a chuté de 58 p. 100. Le 27 mai 2010, la Bourse de Toronto a décrété un arrêt des transactions sur le titre de Thera. Le même jour, le comité consultatif a voté à l'unanimité en faveur de l'approbation de la demande de drogue nouvelle présentée par Thera à l'égard de la tésamoréline. Plus tard dans l'après-midi, Thera a publié un communiqué de presse dans lequel elle annonçait la nouvelle. Le 28 mai, à la reprise des transactions sur le titre de Thera, le prix de ses actions s'est rétabli. La FDA a approuvé la demande de drogue nouvelle le 10 novembre 2010.

[17] 121851 sought judicial authorization under s. 225.4 of the *Securities Act* to launch a class action proceeding for damages, claiming that the information that diabetes was among the potential side effects of tesamorelin and the FDA's questions about those side effects amounted to a material change in Thera's business, operations or capital, triggering timely disclosure obligations in the form of a reassuring press release under s. 73 of the *Securities Act*:

[17] 121851 a demandé au tribunal l'autorisation d'intenter un recours collectif en dommages-intérêts, conformément à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, alléguant que les renseignements selon lesquels le diabète constituait un des effets secondaires possibles de la tésamoréline et que les questions de la FDA au sujet de ces effets secondaires équivalaient à un changement important dans l'activité, l'exploitation ou le capital de Thera, ce qui donnait naissance à l'obligation de fournir, sous la forme d'un communiqué de presse rassurant, l'information occasionnelle prévue à l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* :

73. A reporting issuer shall provide periodic disclosure about its business and internal affairs, including its governance practices, timely disclosure of a material change and any other disclosure prescribed by regulation in accordance with the conditions determined by regulation.

73. L'émetteur assujetti fournit, conformément aux conditions et modalités déterminées par règlement, l'information périodique au sujet de son activité et ses affaires internes, dont ses pratiques en matière de gouvernance, l'information occasionnelle au sujet d'un changement important et toute autre information prévue par règlement.

Section 225.4 states:

L'article 225.4 dispose :

225.4 No action for damages may be brought under this division without the prior authorization of the court.

225.4 L'action en dommages-intérêts intentée en vertu de la présente section doit être préalablement autorisée par le tribunal.

The request for authorization must state the facts giving rise to the action. It must be filed together with the projected statement of claim and be notified by bailiff to the parties concerned, with a notice of at least 10 days of the date of presentation.

The court grants authorization if it deems that the action is in good faith and there is a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the plaintiff.

[18] The Motions Judge concluded that the authorization mechanism in s. 225.4 of the *Securities Act* imposed a higher threshold than art. 1003 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25 (*C.C.P.*), which deals with the authorization of class actions generally, but found sufficient evidence to support the conclusion that 121851's action had a reasonable possibility of success.

[19] An appeal by Thera to the Court of Appeal was dismissed. The Court of Appeal agreed with the Motions Judge that the screening mechanism under s. 225.4 was more stringent than for the authorization of a class action under art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* and required more than a mere possibility of success. It noted that the legislative intention behind s. 225.4 was to make the provision a more robust screening mechanism.

[20] Based on documentary evidence and Mr. St-Germain's testimony, the Court of Appeal was of the view that there was a reasonable possibility that the action would be resolved in his company's favour. As a result, it upheld the order authorizing an action for damages.

Analysis

[21] Section 225.4 of the *Securities Act* is part of a new regime of statutory civil liability to address breaches of disclosure obligations in the secondary market, the market in which a company's shares are traded publicly after they have been issued or distributed by the company. This provision sets out two substantive criteria for the authorization of an action for damages: the action must be brought in good faith and there must be a reasonable possibility that it will be resolved in favour of the claimant. There

La demande d'autorisation énonce les faits qui y donnent ouverture. Elle doit être accompagnée du projet de demande introductive d'instance et être notifiée par huissier aux parties visées, avec un avis d'au moins 10 jours de la date de sa présentation.

Le tribunal accorde l'autorisation s'il estime que l'action est intentée de bonne foi et qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause.

[18] Le premier juge a conclu que le mécanisme d'autorisation prévu à l'art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* impose un critère préliminaire plus strict que celui imposé par l'art. 1003 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25 (*C.P.C.*), qui traite de l'autorisation générale d'intenter un recours collectif, mais il a jugé que la preuve était suffisante pour étayer la conclusion que l'action intentée par 121851 avait une possibilité raisonnable de succès.

[19] La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par Thera. Elle a convenu avec le premier juge que le mécanisme de filtrage des recours prévu à l'art. 225.4 était plus exigeant que le critère d'autorisation d'un recours collectif prévu par l'art. 1003 du *C.P.C.*, et qu'il exigeait plus qu'une simple possibilité d'avoir gain de cause. Elle a fait remarquer qu'en adoptant l'art. 225.4, le législateur avait l'intention d'en faire un mécanisme de filtrage plus musclé.

[20] Se fondant sur la preuve documentaire et sur le témoignage de M. St-Germain, la Cour d'appel a estimé qu'il existait une possibilité raisonnable que l'action soit tranchée en faveur de ce dernier. Elle a donc confirmé l'ordonnance autorisant l'action en dommages-intérêts.

Analyse

[21] L'article 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières* s'inscrit dans un nouveau régime de responsabilité civile visant à lutter contre les atteintes à l'obligation de divulgation dans le marché secondaire, le marché où se négocient publiquement les actions qu'une entreprise a émises ou distribuées. Cet article énonce deux conditions de fond de l'autorisation d'intenter une action en dommages-intérêts : l'action doit être intentée de bonne foi, et il doit exister une possibilité raisonnable que le demandeur

is no dispute that 121851's action is brought in good faith. This case turns then on the interpretation of "a reasonable possibility" that 121851's action will be resolved in its favour. The history and objectives of the authorization mechanism set by s. 225.4 in the context of the *Securities Act* as a whole assist in this exercise.

[22] Like its counterparts elsewhere in Canada, Quebec's *Securities Act* requires companies whose shares are traded in the secondary market to regularly disclose certain information to their security holders and the provincial securities regulator: s. 73; *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 85; *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 147; *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 75; *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 81; *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 89(1).

[23] Continuous disclosure obligations fall into two categories: periodic disclosure and timely disclosure. Periodic disclosure must be made at regular intervals, typically through the regular provision of documents such as proxy circulars, financial statements and insider trading reports. In these regularly issued documents, companies must disclose all material *facts* — that is, anything "that may reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of securities issued": *Securities Act* (Quebec), s. 5 "material fact".

[24] Timely disclosure obligations, on the other hand, are imposed only when there has been a material *change* in the issuer's affairs. Material changes, which arise from changes in the issuers' business, operations or capital, must be disclosed at the time they occur: *Securities Act* (Quebec), s. 5.3; Mark R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3rd ed. 2007), at p. 211; David Johnston, Kathleen Doyle Rockwell and Cristie Ford: *Canadian Securities Regulation* (5th ed. 2014), at p. 249.

ait gain de cause. Nul ne conteste que l'action de 121851 est intentée de bonne foi. Le présent pourvoi porte donc sur l'interprétation à donner aux termes « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause. L'historique et les objectifs du mécanisme d'autorisation qu'établit l'art. 225.4 dans le contexte de la *Loi sur les valeurs mobilières* dans son ensemble facilitent cet exercice.

[22] À l'instar des lois équivalentes adoptées ailleurs au Canada, la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec exige des entreprises dont les actions sont négociées sur le marché secondaire qu'elles fournissent régulièrement certaines informations aux porteurs de leurs titres et à l'organisme provincial de réglementation des valeurs mobilières : art. 73; *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 85; *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, art. 147; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 75; *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, art. 81; *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, c. S-5.5, par. 89(1).

[23] Les obligations d'information continue peuvent être classées en deux catégories : l'information périodique et l'information occasionnelle. L'information périodique doit être fournie à intervalles réguliers, habituellement par la transmission régulière de documents tels que des circulaires de sollicitation de procurations, des états financiers et des déclarations d'initié. Dans ces documents émis régulièrement, les entreprises doivent communiquer tous les *faits* importants — c'est-à-dire tout fait « dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur d'un titre émis ou d'un titre dont l'émission est projetée » : *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec), art. 5 « fait important ».

[24] Les obligations d'information occasionnelle, par contre, ne sont imposées qu'en cas de *changement* important dans les affaires de l'émetteur. Les changements importants, qui sont des changements dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur, doivent être communiqués au moment où ils surviennent : *Loi sur les valeurs mobilières* (Québec), art. 5.3; Mark R. Gillen, *Securities Regulation in Canada* (3e éd. 2007), p. 211; David Johnston, Kathleen Doyle Rockwell et Cristie Ford : *Canadian Securities Regulation* (5e éd. 2014), p. 249.

[25] Both periodic and timely disclosure obligations are designed to increase fairness in the secondary market:

> [Continuous disclosure] . . . is designed to create a "level playing field" where all investors have access to the same information and all pricing and investment decisions are made from the same starting point. Of course, investors may still value securities differently, depending on how they interpret that information. Different investors have different goals, typically balanced between risk and return. Riskier investments generally yield higher returns, and vice versa. Securities regulation does not tell investors what to do, nor steer them toward or away from particular investments. It should, however, ensure that they have enough information to assess properly the risks involved and make fully informed decisions. [Footnote omitted; Johnston, Rockwell and Ford, at p. 249.]

As a result, the policy of ensuring this "level playing field" reified in statutory continuous disclosure obligations has been called "the most fundamental principle of securities regulation": *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL), at para. 216; *Cornish v. Ontario Securities Commission* (2013), 306 O.A.C. 107 (S.C.J.), at para. 40.

[26] Disclosure also supports capital market efficiency by helping investors target the most deserving securities and enhancing the accountability of corporate management: *Cornish*, at para. 40. As investors realize that they have the necessary information, they become more confident in the securities market, and their consequent increased participation leads to more efficient markets: Johnston, Rockwell and Ford, at p. 249.

[27] Section 225.4 emerged directly out of Canada-wide efforts to develop a more meaningful and accessible form of recourse for investors. Historically, Canadian investors in the secondary

[25] Les obligations d'information périodique et occasionnelle visent à renforcer l'équité sur le marché secondaire :

> [TRADUCTION] [L'information continue] [. . .] vise à établir « des règles du jeu équitables pour tous », en ce que les investisseurs ont accès à la même information et toutes les décisions qui concernent l'attribution d'une valeur ou l'investissement reposent sur la même base. Certes, les investisseurs peuvent malgré tout attribuer aux titres une valeur différente, selon l'interprétation qu'ils font de cette information. Différents investisseurs poursuivent des objectifs différents, habituellement en tenant compte du risque et du rendement. Les investissements à plus haut risque offrent généralement un rendement plus élevé, et vice versa. La réglementation des valeurs mobilières ne dit pas aux investisseurs ce qu'ils doivent faire, ni ne leur suggère ou leur déconseille des investissements en particulier. Elle doit toutefois veiller à ce que les investisseurs aient suffisamment d'information pour évaluer convenablement le risque et prendre des décisions parfaitement éclairées. [Note en bas de page omise; Johnston, Rockwell et Ford, p. 249.]

Ainsi, la politique visant à assurer des « règles du jeu équitables pour tous » qu'incarnent dans la loi les obligations d'information continue a été qualifiée de [TRADUCTION] « principe le plus élémentaire de la réglementation des valeurs mobilières » : *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2000] B.C.S.C.D. No. 92 (QL), par. 216; *Cornish c. Ontario Securities Commission* (2013), 306 O.A.C. 107 (C.S.J.), par. 40.

[26] L'information favorise également l'efficience des marchés financiers en aidant les investisseurs à cibler les titres les plus prometteurs et en accroissant l'obligation de rendre compte des dirigeants : *Cornish*, par. 40. Lorsqu'ils constatent qu'ils disposent de l'information nécessaire, les investisseurs font davantage confiance au marché des valeurs mobilières et leur participation accrue favorise l'efficience des marchés : Johnston, Rockwell et Ford, p. 249.

[27] L'article 225.4 découle directement des efforts déployés dans l'ensemble du Canada pour que les investisseurs puissent disposer d'un recours valable et plus accessible. Auparavant, les Canadiens

trading market did not have access to a statutory cause of action when they suffered losses as a result of breaches of legislated continuous disclosure obligations. In common law jurisdictions, investors had to rely on the tort of negligent misrepresentation, which required, among other things, that investors prove that they had relied on the misinformation or omission of information to their detriment: A. C. Pritchard and Janis P. Sarra, "Securities Class Actions Move North: A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada" (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881, at p. 885. Because it was extremely difficult to prove such reliance when securities were purchased in the secondary market, this requirement put meaningful redress out of reach for many who were harmed by dubious disclosure practices: Joseph Groia and Pamela Hardie, *Securities Litigation and Enforcement* (2nd ed. 2012), at p. 352.

qui investissaient sur le marché secondaire ne disposaient d'aucune cause d'action légale pour les pertes découlant de manquements aux obligations d'information continue. Dans les ressorts de common law, les investisseurs devaient invoquer le délit de déclaration inexacte faite par négligence, ce qui les obligeait notamment à prouver qu'ils s'étaient fondés à leur détriment sur une information erronée ou incomplète : A. C. Pritchard et Janis P. Sarra, « Securities Class Actions Move North : A Doctrinal and Empirical Analysis of Securities Class Actions in Canada » (2010), 47 *Alta. L. Rev.* 881, p. 885. Comme la preuve que l'on s'était fié à une information erronée était extrêmement difficile à faire lorsque la transaction avait eu lieu sur le marché secondaire, la plupart des personnes lésées par des pratiques d'information douteuses ne disposaient d'aucun recours valable : Joseph Groia et Pamela Hardie, *Securities Litigation and Enforcement* (2e éd. 2012), p. 352.

[28] In Quebec, investors faced a similarly heavy burden under the *Civil Code*. To establish civil liability, claimants were required to prove a fault, such as the publication of misinformation or the failure to meet a statutory disclosure obligation; that they suffered prejudice; *and* that there was a causal link between the fault and the prejudice — that is, that they had relied on the misinformation in making the trade: arts. 1457 and 1607 of the *Civil Code of Québec*. Demonstrating the requisite causal link proved to be particularly onerous in the securities context: Quebec, National Assembly, Committee on Public Finance, "Étude détaillée du projet de loi n° 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives", *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, No. 10, 1st Sess., 38th Leg., October 25, 2007 ("Étude detaillée"), at p. 2.

[28] Au Québec, les investisseurs devaient s'acquitter d'un fardeau tout aussi lourd sous le régime du *Code civil*. Pour établir la responsabilité civile, les demandeurs devaient prouver la faute, par exemple la publication d'une information erronée ou un manquement à l'obligation d'information prévue par la loi; qu'ils avaient subi un préjudice *et* qu'il existait un lien causal entre la faute et le préjudice — c'est-à-dire, qu'ils s'étaient fondés sur l'information erronée au moment de la transaction : art. 1457 et 1607 du *Code civil du Québec*. La démonstration du lien causal requis était particulièrement difficile dans le contexte des valeurs mobilières : Assemblée nationale du Québec, Commission permanente des finances publiques, « Étude détaillée du projet de loi nº 19 — Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives », *Journal des débats de la Commission permanente des finances publiques*, vol. 40, nº 10, 1re sess., 38e lég., 25 octobre 2007 (« Étude détaillée »), p. 2.

[29] During the 1990s, following a series of high profile misrepresentations and incidents of questionable disclosure practices among publicly traded companies in Canada, the Toronto Stock Exchange created the Allen Committee to re-examine the regime governing disclosure in the secondary

[29] Au cours des années 1990, après une série d'affaires médiatisées de déclarations inexactes et de cas de pratiques de divulgation douteuses impliquant des sociétés ouvertes canadiennes, la Bourse de Toronto a chargé le comité Allen de réexaminer le régime régissant la divulgation sur le

market. The Allen Committee concluded that the "current sanctions and funding available to regulators . . . are inadequate" and "the remedies available to investors in secondary trading markets who are injured by misleading disclosure are so difficult to pursue that they are, as a practical matter, largely hypothetical": Committee on Corporate Disclosure, *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (Toronto Stock Exchange, 1997), at p. 5. It recommended the creation of a statutory civil liability regime that would help investors sue issuers, directors, and officers who violated their statutory disclosure obligations.

[30] The Canadian Securities Administrators, an umbrella organization of Canada's provincial and territorial securities regulators, adopted most of the Committee's recommendations and began developing proposals to implement them across Canada: "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383. Despite the fact that the Allen Committee had not recommended it, and in order to discourage the kind of strike suits that had become common in the United States under more investor-friendly regimes, the Canadian Securities Administrators recommended that in addition to reducing the burden of proof on investors, the new liability regime should include a "screening mechanism" to ensure that only claims with a reasonable chance of success would be brought:

> This screening mechanism is designed not only to minimize the prospects of an adverse court award in the absence of a meritorious claim but, more importantly, to try to ensure that unmeritorious litigation, and the time and expense it imposes on defendants, is avoided or

marché secondaire. Le comité Allen a conclu que les [TRADUCTION] « sanctions actuelles et le financement accordé aux organismes de réglementation [. . .] sont inadéquats » et que « les recours auxquels ont accès les investisseurs du marché secondaire qui sont lésés par suite d'une divulgation trompeuse sont si difficiles à exercer qu'ils sont, d'un point de vue pratique, largement hypothétiques » : Committee on Corporate Disclosure, *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance* (Bourse de Toronto, 1997), p. 5. Le comité a recommandé la création d'un régime légal de responsabilité civile qui aiderait les investisseurs à poursuivre en justice les émetteurs, les dirigeants et les administrateurs qui manquent à leurs obligations légales d'information.

[30] Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, un organisme qui regroupe les autorités de réglementation des valeurs mobilières de chaque province et territoire, ont adopté la plupart des recommandations du comité et ont commencé à élaborer des propositions pour les mettre en œuvre dans tout le pays : « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », CSA Notice 53-302, reproduit à (2000), 23 OSCB 7383. Bien que ces mesures n'aient pas été recommandées par le comité Allen, et afin de décourager le genre de recours opportunistes devenus courants aux États-Unis en vertu de régimes plus favorables aux investisseurs, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont recommandé non seulement la réduction du fardeau de preuve qui incombait aux investisseurs, mais également l'instauration d'un nouveau régime de responsabilité doté d'un « mécanisme de filtrage », de sorte que seules pourraient être intentées les actions à l'égard desquelles il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause :

> [TRADUCTION] Ce mécanisme de filtrage vise non seulement à réduire les possibilités d'une décision judiciaire défavorable si la cause se révèle sans fondement, mais plus important encore, à faire en sorte d'éviter les recours non fondés, et d'éviter que les défendeurs y consacrent du

brought to an end early in the litigation process. By offering defendants the reasonable expectation that an unmeritorious action will be denied the requisite leave to be commenced, the 2000 Draft Legislation should better enable defendants to fend off coercive efforts by plaintiffs to negotiate the cash settlement that is often the real objective behind a strike suit. [Emphasis added; *ibid*., at p. 7390.]

[31] In 2002, Ontario became the first province to implement the Canadian Securities Administrators' recommendations by inserting a new liability regime into its *Securities Act*. The legislation included a screening mechanism that limited actions against public companies for breaches of continuous disclosure obligations to those actions instituted in good faith with "a reasonable possibility" of being resolved at trial in favour of the plaintiff: s. 138.8(1).

[32] Quebec implemented the recommendations of the Canadian Securities Administrators through Bill 19, *An Act to amend the Securities Act and other legislative provisions*, S.Q. 2007, c. 15, which received assent on November 9, 2007. When Bill 19 was before the legislature, Monique Jérôme-Forget, the Minister of Finance at the time, said:

[TRANSLATION] The recourse proposed in Bill 19 is highly harmonized with that in place in Ontario, which is recourse that strongly inspired the other provinces and territories. Only the necessary adjustments were made to reflect civil law notions and vocabulary, and to ensure its harmonious integration into the Québec legislative corpus, including the Securities Act, into which it will be incorporated.

("Étude détaillee", at p. 1)

[33] Under this regime, when a security is acquired or transferred at the time of a false declaration or omission of information that should have been disclosed, the fluctuation in the value of the security is presumed to be attributable to that fault. Investors were thereby released from the heavy

temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus. En faisant en sorte que les défendeurs puissent raisonnablement s'attendre à ce que l'autorisation d'intenter toute action non fondée soit refusée, l'avant-projet de loi (2000) devrait permettre aux défendeurs de repousser plus facilement les demandeurs qui tentent de les contraindre à négocier le règlement au comptant qui, bien souvent, est le véritable objectif d'une poursuite opportuniste. [Je souligne; *ibid.*, p. 7390.]

[31] En 2002, l'Ontario est devenu la première province à mettre en œuvre les recommandations des Autorités canadiennes des valeurs mobilières en incorporant un nouveau régime de responsabilité dans sa *Loi sur les valeurs mobilières*. La Loi comporte un mécanisme de filtrage qui limite les actions pour violation des obligations d'information continue intentées contre les entreprises publiques à celles qui sont intentées de bonne foi et dont il est « raisonnablement possible » qu'elles soient réglées au moment du procès en faveur du demandeur : par. 138.8(1).

[32] Par son projet de loi n^{o} 19, *Loi modifiant la Loi sur les valeurs mobilières et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2007, c. 15, sanctionnée le 9 novembre 2007, le Québec a mis en œuvre les recommandations des Autorités canadiennes des valeurs mobilières. Lorsque ce projet de loi se trouvait devant la législature, Monique Jérôme-Forget, qui était alors ministre des Finances, a dit ce qui suit :

Le recours que propose le projet de loi n^{o} 19 est hautement harmonisé avec celui déjà mis en place en Ontario, un recours qui a aussi fortement inspiré les autres provinces et territoires. Seules les adaptations nécessaires ont été apportées pour refléter les notions et le vocabulaire civilistes et pour assurer son intégration harmonieuse au corpus législatif québécois, dont la Loi sur les valeurs mobilières, où il sera intégré.

(« Étude détaillée », p. 1)

[33] Sous ce régime, lorsqu'un titre est acquis ou transféré à la suite d'une fausse déclaration ou d'un défaut de fournir une information qui aurait dû l'être, la fluctuation de la valeur du titre est présumée être attribuable à cette faute. Les investisseurs se trouvent ainsi libérés du lourd fardeau

burden of demonstrating that the variation in the market price of the security was linked to the misinformation or omission, and from demonstrating that they personally relied on that information or omission in buying or transferring the security.

de démontrer que l'écart enregistré dans le prix du marché pour ce titre est lié à cette information erronée ou à ce défaut de fournir l'information, et du fardeau de démontrer qu'ils se sont personnellement fiés à cette information ou à l'absence de l'information au moment de l'achat ou du transfert du titre.

[34] The scheme also establishes an authorization mechanism to permit only actions in good faith with a "reasonable possibility of success". As the Court of Appeal noted, Quebec's new regime therefore reflected an attempt to strike a balance between preventing unmeritorious litigation and strike suits and, at the same time, ensuring that investors have a meaningful remedy when issuers breach disclosure obligations.

[34] Le régime prévoit aussi un mécanisme n'autorisant que les actions intentées de bonne foi, s'il existe une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause ». Comme l'a indiqué la Cour d'appel, le nouveau régime québécois vise donc l'atteinte d'un équilibre entre la volonté de mettre un frein aux recours injustifiés ou opportunistes et celle d'offrir aux investisseurs un recours valable lorsque les émetteurs ne respectent pas leurs obligations d'information.

[35] Given this history, I agree with the Court of Appeal and Motions Judge that the "reasonable possibility" of success required under s. 225.4 sets out a different and higher standard than the general threshold for the authorization of a class action under art. 1003 of the *C.C.P.* Under art. 1003, the court seeks only to identify whether "the facts alleged seem to justify the conclusions sought" — that is, whether the applicant has established "a good colour of right": *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, [2013] 3 S.C.R. 600, at para. 62; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347, at paras. 5 and 9-10; *Marcotte v. Longueuil (City)*, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 94. As this Court pointed out in *Infineon Technologies*, the low threshold for authorizing a class action under art. 1003 of the *C.C.P.* reflects the "twin objectives of deterrence and compensation that animate the class action system": para. 125.

[35] À la lumière de cet historique, je conviens avec la Cour d'appel et le premier juge que la « possibilité raisonnable » que le demandeur ait gain de cause qu'exige l'art. 225.4 établit un critère plus exigeant que le critère général d'autorisation applicable en matière de recours collectif prévu à l'art. 1003 du *C.P.C.* Sous le régime de l'art. 1003, le tribunal cherche seulement à déterminer si « les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées » — c'est-à-dire, si le demandeur a établi « une apparence sérieuse de droit » : *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, [2013] 3 R.C.S. 600, par. 62; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347, par. 5 et 9-10; *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, [2009] 3 R.C.S. 65, par. 94. Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Infineon Technologies*, le seuil de preuve peu élevé auquel il doit être satisfait pour obtenir l'autorisation d'exercer un recours collectif sous le régime de l'art. 1003 du *C.P.C.* respecte le « double objectif de dissuasion et d'indemnisation inspirant le régime de recours collectif » : par. 125.

[36] The Quebec legislature used different language in s. 225.4 to create a more meaningful screening mechanism in the securities context so that costly strike suits and unmeritorious claims would be prevented. Courts are given an important gatekeeping role, which requires them to conduct a preliminary examination of the impugned action or inaction to

[36] Le législateur québécois a employé un libellé différent à l'art. 225.4 pour créer un mécanisme de filtrage qui soit plus significatif dans le contexte des valeurs mobilières et qui fasse ainsi obstacle aux poursuites opportunistes coûteuses et aux demandes non fondées. Les tribunaux s'y voient confier un important rôle de gardien, qui les oblige à procéder

assess whether it could be said to have a reasonable possibility of success: Pritchard and Sarra, at p. 893. The question before us is as Belobaba J. asked in *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) v. Manulife Financial Corp*. (2013), 44 C.P.C. (7th) 80 (Ont. S.C.J.):

> Is this simply a screening mechanism to keep out "strike suits" that are plainly unmeritorious and have no chance of success? Or, is this a preliminary merits test that should have more bite? [para. 36]

[37] I am aware that there has been some discussion in the Ontario and British Columbia courts about what the threshold is, all seeking to find a balance between preventing cases without a realistic prospect of success but encouraging those with a likelihood of success: *Silver v. Imax Corp*. (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at para. 324, leave to appeal refused (2011), 105 O.R. (3d) 212 (Div. Ct.); *Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund* (2011), 3 C.P.C. (7th) 261 (Ont. S.C.J.), at paras. 129-30; *Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, at para. 76, aff'd (2012), 39 B.C.L.R. (5th) 44 (C.A.); *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.* (2014), 49 C.P.C. (7th) 12 (Ont. S.C.J.), at para. 112; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.* (2014), 118 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 81-89.

[38] In my view, as Belobaba J. suggested in *Ironworkers*, the threshold should be more than a "speed bump" (para. 39), and the courts must undertake a reasoned consideration of the evidence to ensure that the action has some merit. In other words, to promote the legislative objective of a robust deterrent screening mechanism so that cases without merit are prevented from proceeding, the threshold requires that there be a reasonable or realistic chance that the action will succeed.

à un examen préliminaire de l'action ou de l'inaction en cause afin de déterminer s'il est possible de dire qu'il existe une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause : Pritchard et Sarra, p. 893. La question dont nous sommes saisis est la même que celle que le juge Belobaba s'est posée dans *Ironworkers Ontario Pension Fund (Trustee of) c. Manulife Financial Corp.* (2013), 44 C.P.C. (7th) 80 (C.S.J. Ont.) :

> [TRADUCTION] S'agit-il simplement d'un mécanisme de filtrage destiné à éliminer les « poursuites opportunistes » qui sont manifestement dénuées de fondement et n'ont aucune chance d'être accueillies? Ou, s'agit-il d'un critère préliminaire du bien-fondé du recours qui devrait avoir davantage de mordant? [par. 36]

[37] Je suis consciente que certains tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique ont abordé la question du critère préliminaire, et qu'ils ont tous cherché à établir un équilibre entre la nécessité d'empêcher les actions sans possibilité réaliste de succès et le besoin d'encourager celles qu'il serait possible d'accueillir : *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), par. 324, autorisation d'appel refusée (2011), 105 O.R. (3d) 212 (C. div.); *Dobbie c. Arctic Glacier Income Fund* (2011), 3 C.P.C. (7th) 261 (C.S.J. Ont.), par. 129-130; *Round c. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.*, 2011 BCSC 1416, par. 76, conf. par (2012), 39 B.C.L.R. (5th) 44 (C.A.); *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.* (2014), 49 C.P.C. (7th) 12 (C.S.J. Ont.), par. 112; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.* (2014), 118 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 81-89.

[38] À mon avis, comme le juge Belobaba l'a suggéré dans l'affaire *Ironworkers*, le critère préliminaire doit être plus qu'un [TRADUCTION] « dos d'âne » (par. 39), et les tribunaux doivent entreprendre un examen raisonné de la preuve afin de s'assurer que l'action peut être fondée. Autrement dit, pour favoriser l'atteinte de l'objectif législatif consistant à instaurer un mécanisme de filtrage dissuasif musclé qui écarte les demandes non fondées, le critère préliminaire exige une possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause.

[39] A case with a reasonable possibility of success requires the claimant to offer both a plausible analysis of the applicable legislative provisions, and some credible evidence in support of the claim. This approach, in my view, best realizes the legislative intent of the screening mechanism: to ensure that cases with little chance of success — and the time and expense they impose — are avoided. I agree with the Court of Appeal, however, that the authorization stage under s. 225.4 should not be treated as a mini-trial. A full analysis of the evidence is unnecessary. If the goal of the screening mechanism is to prevent costly strike suits and litigation with little chance of success, it follows that the evidentiary requirements should not be so onerous as to essentially replicate the demands of a trial. To impose such a requirement would undermine the objective of the screening mechanism, which is to protect reporting issuers from unsubstantiated strike suits and costly unmeritorious litigation. What *is* required is sufficient evidence to persuade the court that there is a reasonable possibility that the action will be resolved in the claimant's favour.

[39] Pour démontrer une possibilité raisonnable d'avoir gain de cause, le demandeur doit offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l'appui de sa demande. Cette approche est celle qui, à mon avis, permet le mieux de réaliser l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a instauré le mécanisme de filtrage : faire en sorte d'écarter les demandes qui n'ont guère de chances d'être accueillies — et d'éviter que l'on y consacre en vain temps et argent. Je suis d'accord avec la Cour d'appel, cependant, pour dire que l'étape de l'autorisation prévue par l'art. 225.4 ne doit pas être traitée comme un mini-procès. Il n'est pas nécessaire de procéder à une analyse complète de la preuve. Si le mécanisme de filtrage a pour objectif d'écarter les poursuites opportunistes coûteuses et celles qui ont peu de chances d'être accueillies, il s'ensuit que les exigences en matière de preuve ne doivent pas être lourdes au point d'être pratiquement identiques à celles d'un procès. De telles exigences compromettraient l'objectif du mécanisme de filtrage, soit de protéger les émetteurs assujettis contre les poursuites opportunistes et les recours non fondés et coûteux. Ce qui *est* exigé, c'est une preuve suffisante pour convaincre le tribunal de l'existence d'une possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause.

[40] 121851 alleges that Thera breached its obligation under s. 73 of the *Securities Act* to provide timely disclosure of material changes to its investors. Section 5.3 of the *Securities Act* defines a "material change" as

[40] 121851 allègue que Thera a manqué à l'obligation que lui impose l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de fournir à ses investisseurs l'information occasionnelle au sujet d'un changement important. L'article 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières* définit comme suit le « changement important » :

a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer, or a decision to implement such a change made by the directors or by senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the directors is probable.

. . . un changement dans l'activité, l'exploitation ou le capital de l'émetteur dont il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur de l'un des titres de l'émetteur, soit la décision de mettre en œuvre un tel changement prise par les administrateurs ou par la direction supérieure lorsqu'elle croit probable que les administrateurs confirmeront cette décision.

As this statutory definition makes clear, a material change has two components. There must be a change in the business, operations or capital of the issuer

Il ressort clairement de cette définition que le changement important comporte deux éléments. Il faut un changement dans l'activité, l'exploitation ou le

and the change must be material, which means it would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of the securities of the issuer: *Securities Act*, s. 5.3. Both elements are required to trigger an obligation of timely disclosure.

[41] 121851 argues that a material change occurred on May 11, 2010, when Thera received the FDA briefing materials, which included a Background Introductory Memorandum asking the Advisory Committee to comment on "the findings of glucose intolerance and development of diabetes associated with Egrifta [tesamorelin] therapy and its impact on longterm cardiovascular risk". This information was made public on May 25, 2010, when the FDA posted the memorandum, alongside all the briefing materials it had generated on tesamorelin, on its website.

[42] In my view, however, 121851 has not pointed to any evidence that could qualify as a material change in Thera's operations, capital or business as described in s. 5.3 of the *Securities Act*. And without some evidence of a material change that corresponds to the statutory requirements, 121851's action cannot reasonably hope to succeed.

[43] Tesamorelin operates by activating a growth hormone, which, in other contexts, has been associated with an increased risk of diabetes. Thera's phase-three clinical trials measured the blood sugar levels of participating patients to evaluate the risk associated with this potential side effect. The trials compared five glycemic parameters recognized by the scientific community and the American Diabetes Association in patients taking tesamorelin and patients taking a placebo, and revealed that tesamorelin did not have a clinically significant effect on the glucose levels of patients.

[44] The results of the clinical trials were disclosed to shareholders as they became available.

capital de l'émetteur, et ce changement doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être raisonnable de s'attendre à ce qu'il ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des titres de l'émetteur : *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 5.3. Les deux éléments sont nécessaires pour donner naissance à l'obligation d'information occasionnelle.

[41] 121851 soutient qu'un changement important est survenu le 11 mai 2010 lorsque Thera a reçu les documents d'information de la FDA, dont l'exposé contextuel dans lequel cette dernière demandait au comité consultatif de commenter les [TRADUCTION] « conclusions associant l'intolérance au glucose et le développement du diabète à l'administration de l'Egrifta [tésamoréline] et celles relatives à l'effet à long terme du médicament sur le risque de maladie cardiovasculaire ». Cette information a été rendue publique le 25 mai 2010, lorsque la FDA a affiché sur son site Web l'exposé ainsi que tous les documents d'information qu'elle avait générés au sujet de la tésamoréline.

[42] À mon avis, cependant, 121851 n'a présenté aucun élément de preuve de nature à constituer un changement important dans l'activité, le capital ou l'exploitation de Thera au sens de l'art. 5.3 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Or, sans élément de preuve d'un changement important qui permette de satisfaire aux exigences de la loi, 121851 ne peut raisonnablement espérer avoir gain de cause.

[43] La tésamoréline agit en libérant une hormone de croissance qui, dans d'autres contextes, est associée à un risque accru de diabète. Lors des essais cliniques de phase 3 effectués par Thera, on a mesuré la glycémie des participants afin d'évaluer le risque associé à ce possible effet secondaire. On a comparé cinq paramètres glycémiques reconnus par le milieu scientifique et l'American Diabetes Association chez, d'une part, les patients qui prenaient de la tésamoréline et, d'autre part, les patients qui prenaient un placebo, et il est apparu que la tésamoréline n'avait pas d'effet cliniquement significatif sur le taux de glucose des patients.

[44] Les résultats de ces essais cliniques ont été communiqués aux actionnaires aussitôt qu'ils ont

In its November 2008 Annual Notice, for example, Thera summarized its clinical results to date and noted that

> the administration of [the hormone] is not indicated for glucose-intolerant patients, a condition often observed in these patients. Consequently, Theratechnologies decided to study the effect of tesamorelin in the treatment of this condition. Highlights of the study included a good safety profile, a clear effect on body composition and a clinically relevant reduction in visceral fat while subcutaneous fat was preserved.

[45] On November 11, 2009, Thera, in collaboration with two external experts, presented the combined results of its two phase-three clinical trials at the 12th European AIDS Conference. The fact of this presentation and its content were disclosed to investors via a press release, which stated that "[n]o clinically important changes in glucose parameters were observed after treatment with tesamorelin . . . ."

[46] On March 1, 2010, Thera issued a press release announcing the publication of a study detailing its combined clinical results in the publicly available *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*. The press release provided a link to the study, which included an abstract highlighting the clinical results and concluding that the potential side effects of tesamorelin were not significant:

> Tesamorelin reduces visceral fat by approximately 18% and improves body image distress in HIV-infected patients with central fat accumulation. These changes are achieved without significant side effects or perturbation of glucose. [p. 311]

[47] Through these press releases, Thera disclosed to its shareholders that it was monitoring tesamorelin's side effects, including on patients' blood sugar levels. It provided both summaries and full studies detailing the results of its clinical trials. There is no allegation that any of these reports were either false or misleading. A reasonable investor

été disponibles. Dans sa Notice annuelle de novembre 2008 par exemple, Thera a résumé les résultats cliniques jusque-là obtenus et a indiqué ce qui suit :

> . . . l'administration de [l'hormone] n'est pas indiquée chez les patients intolérants au glucose, une condition fréquemment observée chez ces patients. Theratechnologies a donc entrepris d'étudier l'effet de la tésamoréline dans le traitement de cette condition. Les faits saillants de l'étude ont démontré un bon profil d'innocuité, un effet sur la composition corporelle et une réduction cliniquement pertinente de la graisse viscérale, sans affecter la graisse sous cutanée.

[45] Le 11 novembre 2009, avec la collaboration de deux experts externes, Thera a présenté les résultats combinés de ses deux études cliniques de phase 3 à la 12e Conférence européenne sur le sida. Elle a informé ses investisseurs de la tenue et du contenu de cette présentation par un communiqué de presse dans lequel elle affirmait : « Aucun changement cliniquement significatif n'a été observé au niveau des paramètres glycémiques, suite à l'administration de la tésamoréline . . . »

[46] Le 1er mars 2010, Thera a annoncé par un communiqué de presse la publication d'un article exposant dans le détail les résultats combinés de ses essais cliniques dans le *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, accessible au public. Ce communiqué contenait un lien avec cet article, dont le résumé faisait ressortir les résultats cliniques et concluait que les effets secondaires potentiels de la tésamoréline n'étaient pas significatifs :

> [TRADUCTION] La tésamoréline réduit d'environ 18 p. 100 le tissu adipeux viscéral et améliore l'image corporelle des patients infectés par le VIH qui présentent un excès de graisse abdominale. Ces changements sont obtenus sans effets secondaires significatifs ni perturbation du glucose. [p. 311]

[47] Par ces communiqués de presse, Thera a informé ses actionnaires qu'elle surveillait les effets secondaires de la tésamoréline, notamment sur la glycémie des patients. Elle a fourni à la fois des résumés et des études détaillées des résultats de ses essais cliniques. Personne ne prétend que l'un ou l'autre de ces rapports était faux ou trompeur. Tout

who read Thera's news releases would have known that blood sugar issues and diabetes were potential side effects of the drug, and that Thera's clinical trials had found they were not clinically significant.

[48] As a result, this case can be distinguished from *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, in which the Court held that information contained in drilling results regarding a mining company's exploration site could constitute a material change in the "business, operations, assets or ownership of the issuer", since they could reasonably be expected to significantly affect the company's assets. Unlike the drilling results at issue in *Pezim*, the potential side effects of tesamorelin had already been disclosed to shareholders well before the FDA published its questions and the rest of its briefing materials. There was no new information about the side effects of tesamorelin that required timely disclosure as of May 11, 2010.

[49] 121851's argument is more analogous to the claim in *Kerr v. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 331. The company, which was making an initial public offering (IPO) of its shares, had issued preliminary prospectuses which included a sales forecast for the fourth quarter of the fiscal year to its potential investors. Unseasonably warm weather, however, knocked the company's sales forecasts off track as the quarter progressed. After its IPO had closed, the company disclosed its intra-quarterly results in a press release, triggering a sharp drop in its share value. Although the company ultimately realized its initial sales forecasts, the claimants launched a class action, alleging that the company had withheld the intra-quarterly results to ensure the success of its IPO.

investisseur raisonnable ayant lu les communiqués de presse de Thera aurait su que les problèmes de glycémie et de diabète faisaient partie des effets secondaires potentiels du médicament, et que les études cliniques effectuées par Thera concluaient que ces effets n'étaient pas cliniquement significatifs.

[48] Par conséquent, la présente affaire se distingue de l'affaire *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, où la Cour a conclu que les résultats d'essais effectués sur la composition minérale d'un site d'exploration minière pouvaient constituer pour un émetteur un changement important dans « ses activités commerciales, son exploitation, ses éléments d'actif ou sa propriété », puisqu'ils témoignaient d'un changement important dans la nature des éléments d'actif de l'entreprise. À la différence des résultats de forage en cause dans l'arrêt *Pezim*, l'information sur les effets secondaires potentiels de la tésamoréline avait déjà été communiquée aux actionnaires bien avant que la FDA ne publie ses questions et le reste de ses documents d'information. Aucun nouveau renseignement sur les effets secondaires de la tésamoréline ne devait faire l'objet d'une information occasionnelle en date du 11 mai 2010.

[49] La thèse avancée par 121851 ressemble davantage à celle de l'affaire *Kerr c. Danier Leather Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 331. La société, qui lançait un premier appel public à l'épargne (PAPE), avait déposé des prospectus provisoires dans lesquels elle présentait aux investisseurs potentiels des prévisions de vente pour le quatrième trimestre de l'exercice. Or, à mesure que le trimestre avançait, le temps exceptionnellement doux compromettait la réalisation des prévisions de vente de la société. Après la clôture du PAPE, la société a publié un communiqué de presse dans lequel elle communiquait ses résultats intratrimestriels, ce qui a provoqué une chute marquée du cours de ses actions. Bien que la société ait fini par réaliser ses prévisions initiales de vente, les demandeurs ont intenté un recours collectif, alléguant que la société avait omis de communiquer les résultats intratrimestriels pour assurer le succès de son PAPE.

[50] This Court held that the intra-quarterly results did not constitute a material change to the business, operations or capital of the company because the warm weather that triggered the drop in sales was external to the company and its business:

> . . . a change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer's business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer.
>
> It almost goes without saying that poor intra-quarterly results may *reflect* a material change in business operations. A company that has, for example, restructured its operations may experience poor intra-quarterly results because of this restructuring, but it is the restructuring and not the results themselves that would amount to a material change and thus trigger the disclosure obligation. Additionally, poor intra-quarterly results may motivate a company to implement a change in its business, operations or capital in an effort to improve performance. Again, though, the disclosure obligation would be triggered by the change in the business, operations or capital, and not by the results themselves. [Emphasis in original; paras. 46-47.]

[51] The same is true in this case. 121851 argues that the FDA's preoccupation with the side effects represents a material change in Thera's operations, business or capital. But it has not pointed to any evidence to suggest that the questions the FDA posed to its Advisory Committee about these side effects, or the contents of its Briefing Package more generally, departed in any way from the regular and routine process through which the FDA assesses whether a drug should be approved. Nor is there any evidence that the questions reflected new and undisclosed information about tesamorelin. In fact, the evidence on the record suggests the opposite. It is FDA policy to prepare briefing materials for an Advisory Committee, including information compiled by both the FDA and the sponsoring company, and to

[50] La Cour a conclu que les résultats intratrimestriels ne constituaient pas un changement important dans les activités, l'exploitation ou le capital de la société, parce que le temps doux qui avait causé un ralentissement des ventes était un facteur qui n'avait rien à voir avec la société et son entreprise :

> . . . un changement dans les résultats intratrimestriels ne constitue pas en soi un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur et, du reste, n'indique pas nécessairement qu'un tel changement s'est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c'est le cas en l'espèce) en raison de facteurs n'ayant rien à voir avec l'émetteur.
>
> Il va presque sans dire que les piètres résultats intratrimestriels peuvent *refléter* un changement important dans l'exploitation commerciale. Une société qui, par exemple, a restructuré ses activités peut connaître de piètres résultats intratrimestriels en raison de cette restructuration, mais c'est la restructuration, et non les résultats eux-mêmes, qui constituerait un changement important et donnerait ainsi naissance à l'obligation de divulguer. De plus, de piètres résultats intratrimestriels peuvent inciter une entreprise à modifier ses activités commerciales, son exploitation ou son capital afin d'améliorer son rendement. Là encore, pourtant, l'obligation de divulguer prendrait naissance en raison du changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital, et non en raison des résultats eux-mêmes. [En italique dans l'original; par. 46-47.]

[51] Il en va de même en l'espèce. 121851 soutient que les inquiétudes de la FDA quant aux effets secondaires du médicament constituaient un changement important dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera. Or, elle n'a signalé aucun élément de preuve tendant à indiquer que les questions posées à son comité consultatif par la FDA au sujet de ces effets secondaires, ou, de façon plus générale, que le contenu de ses documents d'information, s'écartaient d'une quelconque façon du processus courant par lequel la FDA décide si un médicament doit être approuvé. Aucun élément de preuve ne permet non plus de conclure que les questions portaient sur des données nouvelles et non communiquées au sujet de la tésamoréline. En fait, la preuve au dossier tend

post those materials two days before an Advisory Committee meeting. Questions from the FDA to its expert Advisory Committee about the side effects of a drug do not constitute a departure from the normal FDA process, or, necessarily an indication of whether the drug will be approved. Rather, they are a routine step in the FDA's work to determine whether a drug's benefits outweigh its risks. As such, it is difficult to characterize these questions as any kind of change to Thera's business, operations, or capital requiring a reassuring public response from Thera.

[52] 121851 argues that the market's reaction demonstrates that the FDA's concerns about side effects constitute a material change. It points out that the Canadian Securities Administrators' "National Policy 51-201 Disclosure Standards" includes among its list of potentially "material" information "any development that affects the company's resources, technology, products or markets": Article 4.3. Because this example falls under the subheading of "changes in business and operations", 121851 submits that the FDA's questions are a development that could be considered a material change.

[53] This section of the policy, however, deals with the market impact of events, not whether they are best characterized as material facts or material changes. To adopt this list as dispositive of whether there was a change in the business, operations or capital of a reporting issuer would collapse the distinction between material facts and material changes, significantly expanding timely disclosure obligations beyond what is required by statute.

plutôt à indiquer le contraire. La FDA a pour politique de rassembler des documents d'information à l'intention d'un comité consultatif, notamment des renseignements préparés par elle et l'entreprise qui présente la demande, et de les afficher deux jours avant la réunion du comité consultatif. Le fait pour la FDA de soumettre des questions à son comité consultatif d'experts au sujet des effets secondaires d'un médicament ne déroge pas du processus qu'elle suit habituellement, pas plus qu'il ne s'agit nécessairement d'un indice quant à savoir si le médicament sera approuvé. Il s'agit plutôt d'une étape courante qui fait partie du travail de la FDA de décider si les avantages d'un médicament l'emportent sur les risques qu'il présente. C'est pourquoi il est difficile de considérer ces questions comme constituant une forme de changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de Thera qui exigeait de cette dernière qu'elle réagisse publiquement de façon rassurante.

[52] 121851 soutient que la réaction du marché démontre que les préoccupations de la FDA au sujet des effets secondaires du médicament constituent un changement important. Elle souligne que l'« Instruction générale 51-201 relative aux lignes directrices en matière de communication de l'information », publiée par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, mentionne parmi les exemples d'information pouvant être « importante » les « événements ayant une incidence sur les ressources, la technologie, les produits ou les débouchés de la société » : art. 4.3. Comme cet exemple se trouve sous la rubrique « Changements dans l'activité et l'exploitation », 121851 fait valoir que les questions de la FDA constituent un événement que l'on pourrait considérer comme un changement important.

[53] Cette section de l'instruction générale traite cependant de l'incidence des événements en cause sur le marché, non de la question de savoir s'il convient mieux de les considérer comme des faits importants ou comme des changements importants. Considérer que cette liste est déterminante quant à savoir si un changement est survenu dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital d'un émetteur assujetti ferait tomber la distinction

This would, in effect, allow the Canadian Securities Administrators' policy to amend Quebec's securities legislation, contrary to this Court's ruling in *Pezim*.

[54] It is true that Thera had sometimes disclosed routine aspects of the FDA process in press releases to its shareholders in the months leading up to the Advisory Committee meeting, but this does not bring the FDA's questions to its Advisory Committee within the statutory definition of a material change. Thera had a statutory duty to disclose material changes in its operations, capital or business in a timely manner, not to reassure its investors at every stage of the FDA approval process.

[55] Finally, even if Thera had issued a press release on May 11, 2010 after it received the FDA's briefing materials, it is not clear what reassurance Thera could have provided at this stage, given that the outcome of the FDA process, as every reasonable investor would have known and as Thera repeatedly made clear, is always uncertain. As the U.S. Supreme Court acknowledged in *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), there are risks of excessive disclosure, which could "simply . . . bury the shareholders in an avalanche of trivial information — a result that is hardly conducive to informed decisionmaking": pp. 448-49, cited in *Cornish*, at para. 41.

[56] Because the evidence does not credibly point to a material change that could have triggered timely disclosure obligations, there is no reasonable possibility that 121851's action under s. 73 of the *Securities Act* could succeed. I would allow the appeal with costs.

entre les faits importants et les changements importants, ce qui aurait pour conséquence d'étendre la portée de l'obligation d'information occasionnelle bien au-delà de ce que prescrit la loi. Cela permettrait, dans les faits, aux Autorités canadiennes des valeurs mobilières de modifier par leur politique la loi québécoise sur les valeurs mobilières, ce qui irait à l'encontre de la conclusion de notre Cour dans *Pezim*.

[54] Il est vrai que Thera avait parfois divulgué à ses actionnaires certains aspects courants du processus de la FDA dans les communiqués de presse qu'elle a publiés au cours des mois ayant précédé la réunion du comité consultatif, mais les questions soumises par la FDA au comité ne constituent pas pour autant un changement important au sens de la loi. Thera avait une obligation légale de fournir l'information occasionnelle au sujet d'un changement important survenu dans son exploitation, son capital ou ses activités commerciales, non pas de rassurer ses investisseurs à chacune des étapes du processus d'approbation de la FDA.

[55] Enfin, même si elle avait publié un communiqué de presse le 11 mai 2010, après avoir reçu les documents d'information de la FDA, quelle information rassurante Thera aurait-elle pu fournir à cette étape, puisque l'issue du processus de la FDA, comme tous les investisseurs raisonnables le savent et comme Thera l'a dit clairement à plusieurs reprises, est toujours incertaine? Comme la Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'arrêt *TSC Industries, Inc. c. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438 (1976), l'information excessive présente des risques, dont celui de [TRADUCTION] « carrément [. . .] inonder les actionnaires de renseignements futiles, ce qui ne contribue pas à la prise de décisions éclairées » : p. 448-449, cité dans *Cornish*, par. 41.

[56] Étant donné que la preuve ne permet pas de conclure de manière crédible qu'un changement important a donné naissance à des obligations d'information occasionnelle, il n'existe aucune possibilité raisonnable que 121851 ait gain de cause dans son action intentée sur le fondement de l'art. 73 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondent: Savonitto & Ass. inc., Montréal.

Solicitors for the intervener: Siskinds, Desmeules, avocats, Québec; Siskinds, London.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Savonitto & Ass. inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenant : Siskinds, Desmeules, avocats, Québec; Siskinds, London.

Zurich Insurance Company *Appellant*

v.

Chubb Insurance Company of Canada *Respondent*

Indexed as: Zurich Insurance Co. *v.* Chubb Insurance Co. of Canada

2015 SCC 19

File No.: 36002.

2015: April 17.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Automobile insurance — Statutory accident benefits scheme — Claimant having declined optional motor vehicle liability policy from insurance company upon renting vehicle subsequently injured in single-vehicle accident — Insurance company refusing to provide benefits available under statutory scheme — Nexus between insurer and claimant — Application judge correctly found that arbitrator erred in concluding that insurance company not an insurer for purposes of statutory scheme — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Juriansz, Pepall and Pardu JJ.A.), 2014 ONCA 400, 120 O.R. (3d) 161, 319 O.A.C. 287, 379 D.L.R. (4th) 427, 65 M.V.R. (6th) 159, 34 C.C.L.I. (5th) 216, [2014] I.L.R. I-5615, [2014] O.J. No. 2330 (QL), 2014 CarswellOnt 6274 (WL Can.), setting aside the decision of Goldstein J., 2012 ONSC 6363, 15 C.C.L.I. (5th) 287, [2013] I.L.R. I-5360, [2012] O.J. No. 5336 (QL), 2012 CarswellOnt 14170 (WL Can.). Appeal allowed.

Eric K. Grossman, *Michael Warfe* and *Kate M. MacLeod*, for the appellant.

Zurich Compagnie d'Assurances SA *Appelante*

c.

Chubb du Canada Compagnie d'Assurance *Intimée*

Répertorié : Zurich Cie d'Assurances *c.* Chubb du Canada Cie d'Assurance

2015 CSC 19

N° du greffe : 36002.

2015 : 17 avril.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté.

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

Assurance — Assurance automobile — Régime d'indemnités d'accident légales — Blessures subies par la réclamante à l'occasion d'un accident touchant un seul véhicule survenu après que celle-ci eut refusé de souscrire à une police de responsabilité automobile optionnelle offerte par la société d'assurance lors de la location du véhicule — Refus de la société d'assurance de verser les indemnités prévues par le régime légal — Lien entre l'assureur et la réclamante — Le juge saisi de la demande a à juste titre décidé que l'arbitre avait fait erreur en concluant que la société d'assurance n'était pas un assureur pour l'application du régime légal — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, c. I.8, art. 268 — Disputes Between Insurers, O. Reg. 283/95.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Juriansz, Pepall et Pardu), 2014 ONCA 400, 120 O.R. (3d) 161, 319 O.A.C. 287, 379 D.L.R. (4th) 427, 65 M.V.R. (6th) 159, 34 C.C.L.I. (5th) 216, [2014] I.L.R. I-5615, [2014] O.J. No. 2330 (QL), 2014 CarswellOnt 6274 (WL Can.), qui a infirmé la décision du juge Goldstein, 2012 ONSC 6363, 15 C.C.L.I. (5th) 287, [2013] I.L.R. I-5360, [2012] O.J. No. 5336 (QL), 2012 CarswellOnt 14170 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Eric K. Grossman, *Michael Warfe* et *Kate M. MacLeod*, pour l'appelante.

Eugene Meehan, *Q.C.*, and *George Kanellakos*, for the respondent.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — We are of the view that the appeal should be allowed with costs for the reasons of Juriansz J.A.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

Solicitors for the respondent: Supreme Advocacy, Ottawa; KBM Law, Toronto.

Eugene Meehan, *c.r.*, et *George Kanellakos*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens, pour les motifs exposés par le juge Juriansz de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante : Zarek Taylor Grossman Hanrahan, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Supreme Advocacy, Ottawa; KBM Law, Toronto.

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH and Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH and Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH and Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

- and -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH and Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appellants*

v.

Apotex Inc. *Respondent*

and

Canadian Generic Pharmaceutical Association and Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies *Interveners*

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH et Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH et Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH et Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

- et -

Sanofi-Aventis, Sanofi-Aventis Deutschland GmbH et Sanofi-Aventis Canada Inc. *Appelantes*

c.

Apotex Inc. *Intimée*

et

Association canadienne du médicament générique et Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada *Intervenantes*

Indexed as: Sanofi-Aventis *v.* Apotex Inc.

2015 SCC 20

File No.: 35886.

2015: April 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Intellectual property — Patents — Medicines — Manufacturer applied to market generic version of drug — Patentees of drug applied for prohibition orders that triggered statutory stay under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations and prevented manufacturer from selling generic for 24 months — Action for damages brought under s. 8 of Regulations for delayed market entry — Court of Appeal holding that trial judge did not err in determining liability period of 24 months, in determining that patentees' authorized generic version would have entered market within three months and achieved 30 percent share of hypothetical market within liability period, or in determining that manufacturer entitled to compensation for lost sales of its generic version associated with unapproved indications — Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Sharlow, Pelletier and Mainville JJ.A.), 2014 FCA 68, 456 N.R. 279, 125 C.P.R. (4th) 403, [2014] F.C.J. No. 295 (QL), 2014 CarswellNat 700 (WL Can.), setting aside in part the judgment of Snider J., 2012 FC 553, 410 F.T.R. 78, [2012] F.C.J. No. 620 (QL), 2012 CarswellNat 1646 (WL Can.). Appeal dismissed.

Andrew J. Reddon, *Steven G. Mason*, *David Tait* and *Sanjaya Mendis*, for the appellants.

Harry B. Radomski, *Andrew Brodkin*, *David Scrimger* and *Benjamin Hackett*, for the respondent.

Répertorié : Sanofi-Aventis *c.* Apotex Inc.

2015 CSC 20

N° du greffe : 35886.

2015 : 20 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Propriété intellectuelle — Brevets — Médicaments — Demande d'un fabricant en vue de mettre en marché une version générique d'un médicament — Sollicitation par les titulaires d'un brevet à l'égard du médicament pour des ordonnances d'interdiction ce qui ont entraîné le sursis réglementaire prévu au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) et empêché le fabriquant d'en vendre la version générique durant 24 mois — Action en dommages-intérêts, intentée en vertu de l'art. 8 du Règlement, en raison du délai écoulé avant la mise en marché — Selon la Cour d'appel, aucune erreur de la juge de première instance quant à la fixation de la période de responsabilité à 24 mois, quant à son évaluation à trois mois de la période qu'il aurait fallu pour mettre sur le marché la version générique autorisée du médicament breveté et du fait que ce produit aurait occupé jusqu'à 30 pour 100 du marché hypothétique durant la période de responsabilité, ni quant à sa conclusion que le manufacturier a droit à une indemnité pour les pertes de ventes de sa version générique du médicament dû à des indications non approuvées — Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Sharlow, Pelletier et Mainville), 2014 CAF 68, 456 N.R. 279, 125 C.P.R. (4th) 403, [2014] A.C.F. n° 295 (QL), 2014 CarswellNat 5440 (WL Can.), qui a infirmé en partie le jugement rendu par la juge Snider, 2012 CF 553, 410 F.T.R. 78, [2012] A.C.F. n° 620 (QL), 2012 CarswellNat 3364 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Andrew J. Reddon, *Steven G. Mason*, *David Tait* et *Sanjaya Mendis*, pour les appelantes.

Harry B. Radomski, *Andrew Brodkin*, *David Scrimger* et *Benjamin Hackett*, pour l'intimée.

Jonathan Stainsby, *David W. Aitken* and *Devin Doyle*, for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association.

Allyson Whyte Nowak and *Jason Markwell*, for the intervener the Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view to dismiss the appeal substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal.

[2] The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent: Goodmans, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Generic Pharmaceutical Association: Aitken Klee, Toronto and Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies: Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.

Jonathan Stainsby, *David W. Aitken* et *Devin Doyle*, pour l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique.

Allyson Whyte Nowak et *Jason Markwell*, pour l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les motifs de la majorité de la Cour d'appel.

[2] L'appel est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Goodmans, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du médicament générique : Aitken Klee, Toronto et Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada : Norton Rose Fulbright Canada, Toronto.

Association des parents de l'école Rose-des-vents, Joseph Pagé, in his name and in the name of all citizens of Canada residing west of Main Street in the city of Vancouver whose first language learned and still understood is French, or who have received their primary school instruction in Canada in French, or of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in French in Canada, and Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique *Appellants*

v.

Minister of Education of British Columbia and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of the Northwest Territories, Attorney General of the Yukon Territory, Commissioner of Official Languages of Canada, Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises and Commission scolaire francophone du Yukon *Interveners*

Association des parents de l'école Rose-des-vents, Joseph Pagé, en son propre nom et au nom de tous les citoyens canadiens qui résident à l'ouest de la rue Main dans la ville de Vancouver dont la première langue apprise et encore comprise est le français, ou qui ont reçu leur instruction au niveau primaire en français au Canada, ou dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction au niveau primaire ou secondaire en français au Canada, et Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique *Appelants*

c.

Ministre de l'Éducation de la Colombie-Britannique et procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, procureur général du Territoire du Yukon, commissaire aux langues officielles du Canada, Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises et Commission scolaire francophone du Yukon *Intervenants*

Indexed as: Association des parents de l'école Rose-des-vents *v.* British Columbia (Education)

2015 SCC 21

File No.: 35619.

2014: December 2; 2015: April 24.

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

Répertorié : Association des parents de l'école Rose-des-vents *c.* Colombie-Britannique (Éducation)

2015 CSC 21

N° du greffe : 35619.

2014 : 2 décembre; 2015 : 24 avril.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Substantive equality — Manner in which court should assess whether children of rights holders are provided with educational experience equivalent to that provided in schools of linguistic majority of province or territory — Are issues of costs and practicalities relevant to equivalence analysis? — Whether a finding of lack of equivalence amounts to Charter breach — Whether it is necessary to determine responsibility as between province or territory and school board prior to finding prima facie breach of s. 23 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedure — Hearing — Procedural fairness — Phasing of proceedings — Relevance of pleadings — Petition judge phasing proceedings, leaving determination of responsibility for Charter breach to later phase — Petition judge striking portions of province's pleadings as irrelevant to first phase — Whether procedures adopted by petition judge procedurally unfair.

L'école élémentaire Rose-des-vents ("RDV") is the only publicly-funded French-language elementary school for children living west of Main Street in the city of Vancouver. The school is overcrowded and enrollment is growing. RDV is small and the classrooms are significantly smaller than those in other schools. Some have no windows and only three classrooms meet the recommended size for classrooms. The library is very small, the washrooms are inadequate and there is no available flexible space in the school. Roughly 85 percent of students attending RDV are transported to school by bus and over two-thirds of those have bus trips of more than 30 minutes per trip. By contrast, the English-language schools in RDV's catchment area are larger, with larger classrooms, larger and better playing fields, and more spacious libraries. Most students attending English-language schools in the area live within one kilometre of their schools.

In 2010, parents of children attending RDV challenged their school board and the provincial government, seeking a declaration that the educational services made available to their children were not equivalent to those of the English-language schools in the area and that

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'instruction dans la langue de la minorité — Égalité réelle — Manière dont le tribunal doit déterminer si l'expérience éducative des enfants de titulaires de droits est équivalente à celle offerte dans les écoles de la majorité linguistique de la province ou du territoire en question — Les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence? — Une conclusion d'absence d'équivalence équivaut-elle à une conclusion qu'il y a violation de la Charte? — Est-il nécessaire de départager la responsabilité entre la province ou le territoire et le conseil scolaire avant de conclure à une violation prima facie de l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédure — Audience — Équité procédurale — Division de l'instance en étapes — Pertinence des actes de procédure — Juge saisi de la requête divisant l'instance en étapes et remettant la détermination de la responsabilité pour la violation de la Charte à une étape ultérieure — Passages des actes de procédure de la province radiés par le juge saisi de la requête parce que non pertinents quant à la première étape — La procédure adoptée par le juge saisi de la requête est-elle inéquitable sur le plan procédural?

L'école élémentaire Rose-des-vents (« RDV ») est la seule école primaire de langue française financée à même les fonds publics qui dessert les enfants résidant à l'ouest de la rue Main dans la ville de Vancouver. L'école est surpeuplée et le nombre d'inscriptions augmente. RDV est une petite école et les salles de classe sont beaucoup plus petites que celles des autres écoles. Certaines salles de classe sont dépourvues de fenêtres et seulement trois ont la superficie recommandée. La bibliothèque est très petite, les toilettes sont inadéquates et il n'y a aucun local adaptable dans l'école. Environ 85 pour 100 des élèves qui fréquentent RDV se rendent à l'école en autobus et le trajet en autobus de plus des deux tiers de ces élèves dure plus de 30 minutes. À l'opposé, les écoles de langue anglaise situées dans la zone desservie par RDV sont plus grandes, disposent de salles de classe plus grandes et de terrains de jeu plus vastes et en meilleur état ainsi que de bibliothèques plus spacieuses. La plupart des élèves des écoles de langue anglaise du secteur habitent à moins d'un kilomètre de leur école.

En 2010, les parents d'enfants qui fréquentent RDV ont poursuivi le conseil scolaire et le gouvernement provincial et ont sollicité un jugement déclarant que les services d'enseignement offerts à leurs enfants n'étaient pas équivalents à ceux dispensés par les écoles de langue

their minority language education rights under s. 23 of the *Charter* had been breached. They requested that the legal proceedings be phased so that they could obtain a declaration while leaving the question of responsibility for the alleged inadequacies to a later phase, if necessary. Their hope was that obtaining a declaration would be sufficient to obtain a favourable government response.

The petition judge accepted the request to phase the proceedings, deciding to first assess only whether the children of rights holders were being provided with instruction and facilities equivalent to majority language schools, as guaranteed under s. 23 of the *Charter*. Prior to undertaking this initial phase of the proceedings, the judge struck certain parts of the province's pleadings on the grounds that they were not relevant to that phase. At the conclusion of the first phase of the proceedings, the judge issued a declaration that the parents are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23 of the *Charter*. He did not assign responsibility for the failure to meet the constitutional standard. The Court of Appeal allowed the appeal brought by the province. It set aside both the order striking some of the province's pleadings, and the declaration.

Held: The appeal should be allowed and the petition judge's declaration reinstated. The award of special costs issued by the petition judge is restored. The matter should be remitted to the Supreme Court of British Columbia for the next phase of the petition, if necessary. Special costs are awarded to the appellants for the appeal proceedings.

Section 23 of the *Charter* guarantees a "sliding scale" of minority language education rights. At the upper limit of the sliding scale, rights holders are entitled to full educational facilities that are distinct from, and equivalent to, those found in the schools of the majority language group. The focus in giving effect to s. 23 rights should be on substantive equivalence, not on *per capita* costs and other markers of formal equivalence. What is paramount is that the educational experience of the children of s. 23 rights holders at the upper end of the sliding scale be of meaningfully similar quality to the educational experience of majority language students.

anglaise du secteur et que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité que leur confère l'art. 23 de la *Charte* avaient été violés. Ils ont demandé la division de l'instance en étapes pour pouvoir obtenir un jugement déclaratoire tout en réservant l'attribution d'une responsabilité pour les lacunes alléguées à une étape ultérieure, au besoin. Ils espéraient que le prononcé d'un jugement déclaratoire soit suffisant pour obtenir une réponse favorable du gouvernement.

Le juge saisi de la requête a fait droit à la demande de division de l'instance en étapes, choisissant de décider d'abord uniquement si les enfants des titulaires de droits bénéficiaient d'un enseignement et d'installations équivalents à ceux des écoles de la majorité linguistique, comme le garantit l'art. 23 de la *Charte*. Avant de passer à cette première étape de l'instance, le juge a radié certains passages des actes de procédure de la province au motif qu'ils n'étaient pas pertinents quant à cette étape. Au terme de la première étape de l'instance, le juge a prononcé un jugement déclaratoire portant que les parents n'avaient pas accès à des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité comme leur garantit l'art. 23 de la *Charte*. Il n'a imputé aucune responsabilité pour ce manquement à la norme constitutionnelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la province. Elle a annulé l'ordonnance radiant certains passages des actes de procédure de la province ainsi que le jugement déclaratoire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête est rétabli. Les dépens spéciaux accordés par le juge saisi de la requête sont rétablis. L'affaire est renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour la prochaine étape de l'instance si cela s'avère nécessaire. Des dépens spéciaux sont octroyés aux appelants pour les procédures d'appel.

L'article 23 de la *Charte* garantit une « échelle variable » de droits à l'instruction dans la langue de la minorité. À la limite supérieure de l'échelle variable, les titulaires de droits doivent bénéficier d'établissements d'enseignement complets, distincts de ceux offerts à la majorité linguistique, mais de qualité équivalente. Pour donner effet aux droits garantis par l'art. 23, l'accent devrait être mis sur l'équivalence réelle plutôt que sur les coûts par personne et les autres indicateurs d'équivalence formelle. Ce qui est primordial, c'est que l'expérience éducative des enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 à la limite supérieure de l'échelle variable soit de qualité réellement semblable à l'expérience éducative des élèves de la majorité linguistique.

When assessing substantive equivalence, a purposive approach requires a court to consider the educational choices available from the perspective of s. 23 rights holders. The comparator group that will generally be appropriate for that assessment will be the neighbouring majority language schools that represent a realistic alternative for rights holders. The question to be examined is whether reasonable rights-holder parents would be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority language school. If so, the remedial purpose of s. 23 is threatened. If the educational experience, viewed globally, is sufficiently superior in the majority language schools, that fact could undermine the parents' desire to have their children educated in the minority language, and thus could lead to assimilation.

The comparative exercise must be alive to the varied factors that reasonable parents use to assess equivalence. The exercise is contextual and holistic, accounting for not only physical facilities, but also quality of instruction, educational outcomes, extracurricular activities, and travel times, amongst other factors. Such an approach is similar to the way parents make decisions regarding their children's education. The extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case. The relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school. If, on balance, the experience is equivalent, the requirements of s. 23 will be met.

Issues of costs and practicalities are considered in the determination of the level of educational services a group of rights holders is entitled to on the sliding scale. It would undermine that analysis to consider costs and practicalities again, after the appropriate level of educational services has already been determined. Accordingly, it is not appropriate for provincial or territorial governments to invoke issues of practicality or cost as part of the inquiry into equivalence. Costs and practicalities may, however, be relevant in attempts to justify a breach of s. 23, and in attempts to fashion an appropriate and just remedy for a breach.

Dans l'évaluation de l'équivalence réelle, la méthode téléologique exige du tribunal qu'il tienne compte des choix offerts en matière d'éducation du point de vue des titulaires des droits garantis à l'art. 23. Le groupe de comparaison qui conviendra généralement à cette évaluation sera constitué des écoles avoisinantes de la majorité linguistique qui représentent une solution de rechange réaliste pour les titulaires de droits. La question à examiner est de savoir si des parents raisonnables qui détiennent ces droits seraient dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique parce que l'école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire. Dans l'affirmative, l'objet réparateur de l'art. 23 est menacé. Si l'expérience éducative, prise globalement, est suffisamment supérieure dans les écoles de la majorité linguistique, ce fait pourrait affaiblir la volonté des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, ce qui, du coup, risque d'entraîner l'assimilation.

Dans l'exercice de comparaison, il faut être conscient des divers facteurs dont les parents raisonnables tiennent compte pour évaluer l'équivalence. La comparaison est de nature contextuelle et holistique, tenant compte non seulement des installations matérielles, mais aussi d'autres facteurs comme la qualité de l'instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. Une telle approche s'apparente à la façon dont les parents prennent des décisions relatives à l'instruction de leurs enfants. La mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l'appréciation de l'équivalence est fonction des circonstances de l'affaire. On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique. Si, dans l'ensemble, l'expérience est équivalente, les exigences de l'art. 23 sont respectées.

On tient compte des coûts et des considérations pratiques pour établir le niveau de services d'enseignement dont doit bénéficier un groupe de titulaires de droits selon l'échelle variable. Ce serait compromettre cette analyse que d'examiner de nouveau les coûts et les considérations pratiques, après que le niveau approprié de services d'enseignement eut déjà été fixé. Par conséquent, il n'est pas opportun pour les gouvernements provinciaux ou territoriaux de soulever des questions liées aux considérations pratiques ou aux coûts dans le cadre de l'analyse de l'équivalence. Les coûts et les considérations pratiques peuvent toutefois s'avérer pertinents lorsqu'on tente de justifier une violation de l'art. 23 ou de concevoir une réparation convenable et juste par suite d'une violation.

In the present case, the petition judge applied the correct test to assess equivalence. He comprehensively and holistically assessed the relevant factors and compared RDV to the English-language schools in the relevant catchment area in Vancouver. In the determination of overall substantive equivalence, he concluded that the programs offered at RDV were not so superior as to offset its inadequate facilities, overcrowding and long travel times. In his opinion, the disparity between the minority and majority language schools was such as to limit enrollment and contribute to assimilation. There is no error in principle in the petition judge's analysis.

The declaration issued by the petition judge represents the equivalent of a declaration of a *prima facie* breach of s. 23, subject to the future determination of responsibility, justification for the breach (if applicable), and positive remedy. Where the children of s. 23 rights holders are entitled to an educational experience equivalent to that of majority language children, there is no difference between a finding of a lack of equivalence and a finding that the rights holders have not received the services to which they are entitled under s. 23. However, since responsibility for the breach has not yet been assigned — and leaving open the possibility that the responsible party or parties may seek to justify the breach — it cannot be said that the judge's declaration constitutes a complete finding of a *Charter* violation.

Where a proceeding has been formally phased to separate the question of substantive equivalence from other elements of the s. 23 analysis, evidence that does not assist in answering that question would normally not be relevant. Considered from this perspective, the petition judge was entitled to strike the portions of the province's pleadings as they were not relevant to the inquiry into substantive equivalence.

Cases Cited

Applied: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; **discussed:** *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3; *Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Solski*

En l'espèce, le juge saisi de la requête a appliqué le bon critère pour évaluer l'équivalence. Il a évalué les facteurs pertinents de façon exhaustive et holistique et a comparé RDV aux écoles de langue anglaise du secteur concerné de Vancouver. Au moment d'établir l'équivalence réelle globale, il a conclu que les programmes offerts à RDV n'étaient pas de qualité suffisante pour pallier le caractère inadéquat de ses installations, la surpopulation et les longs déplacements. Selon lui, l'écart entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité était tel qu'il avait pour effet de limiter l'inscription et de contribuer à l'assimilation. Il n'y a aucune erreur de principe dans l'analyse du juge saisi de la requête.

Le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête équivaut à une déclaration portant qu'il y a, à première vue, violation de l'art. 23, sous réserve de l'établissement futur de la responsabilité, d'une justification de la violation (s'il y a lieu) et d'une réparation concrète. Si les enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 ont droit à une expérience éducative équivalente à celle des enfants de la majorité, il n'y a aucune différence entre une conclusion d'absence d'équivalence et une conclusion selon laquelle les titulaires de droits n'ont pas reçu les services auxquels ils ont droit en vertu de l'art. 23. Cependant, puisqu'aucune responsabilité n'a encore été attribuée pour cette violation — et qu'il demeure possible que la ou les parties responsables tentent de la justifier — on ne peut affirmer que le jugement déclaratoire rendu par le juge constitue une conclusion complète selon laquelle il y a eu violation de la *Charte*.

Dans une instance qui a été officiellement divisée en étapes afin de distinguer la question de l'équivalence réelle des autres éléments de l'analyse fondée sur l'art. 23, la preuve qui ne permet pas de répondre à cette question n'est habituellement pas pertinente. Si on envisage la chose sous cet angle, le juge saisi de la requête pouvait radier les passages des actes de procédure de la province car ils n'étaient pas pertinents pour l'analyse de l'équivalence réelle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; **arrêt analysé :** *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés :** *Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006

(Tutor of) v. Quebec (Attorney General), 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 23, 24(1).

Authors Cited

Bastarache, Michel. "Education Rights of Provincial Official Language Minorities (Section 23)", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 687.

Canada. Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism. *Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II, *Education*. Ottawa: Queen's Printer, 1968.

Doucet, Michel. "L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Landry, Rodrigue, and Réal Allard. "L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures: le rôle de la francité familioscolaire" (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

Power, Mark, and Pierre Foucher. "Language Rights and Education", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005, 1095.

APPEAL from judgments of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Bennett and Hinkson JJ.A.), 2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246, 342 B.C.A.C. 251, 585 W.A.C. 251, 367 D.L.R. (4th) 387, 291 C.R.R. (2d) 106, 44 C.P.C. (7th) 122, [2014] 1 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 2057 (QL), 2013 CarswellBC 2799 (WL Can.); and 2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79, 350 B.C.A.C. 142, [2014]

CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 23, 24(1).

Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel. « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 757.

Canada. Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II, *L'éducation*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.

Doucet, Michel. « L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Thomson/Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).

Landry, Rodrigue, et Réal Allard. « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

Power, Mark, et Pierre Foucher. « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 4e éd., Markham (Ont.), LexisNexis Canada, 2005, 1095.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Bennett et Hinkson), 2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246, 342 B.C.A.C. 251, 585 W.A.C. 251, 367 D.L.R. (4th) 387, 291 C.R.R. (2d) 106, 44 C.P.C. (7th) 122, [2014] 1 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 2057 (QL), 2013 CarswellBC 2799 (WL Can.); et 2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79, 350 B.C.A.C. 142, [2014]

4 W.W.R. 528, 58 C.P.C. (7th) 230, [2014] B.C.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellBC 225 (WL Can.), setting aside decisions of Willcock J., 2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111, [2011] B.C.J. No. 2096 (QL), 2011 CarswellBC 3303 (WL Can.); 2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144, 270 C.R.R. (2d) 220, [2013] 2 W.W.R. 528, [2012] B.C.J. No. 2247 (QL), 2012 CarswellBC 3373 (WL Can.); and 2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189, [2013] 10 W.W.R. 602, 40 C.P.C. (7th) 274, 61 Admin. L.R. (5th) 310, [2013] B.C.J. No. 1352 (QL), 2013 CarswellBC 1871 (WL Can.). Appeal allowed.

Nicolas M. Rouleau and *Joseph Pagé*, for the appellants Association des parents de l'école Rose-des-vents et al.

Robert W. Grant, *Q.C.*, *Jean-Pierre Hachey*, *Mark C. Power* and *David P. Taylor*, for the appellant Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Leonard T. Doust, *Q.C.*, *Karrie Wolfe* and *Warren B. Milman*, for the respondents.

Alan F. Jacobson and *Barbara C. Mysko*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Randy Steele, for the intervener the Attorney General of Alberta.

François Baril, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Maxime Faille, *Guy Régimbald* and *Pippa Lawson*, for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory.

Christine Ruest Norrena and *Isabelle Bousquet*, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Roger J. F. Lepage and *Francis P. Poulin*, for the interveners Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises and Commission scolaire francophone du Yukon.

4 W.W.R. 528, 58 C.P.C. (7th) 230, [2014] B.C.J. No. 155 (QL), 2014 CarswellBC 225 (WL Can.), qui ont infirmé des décisions du juge Willcock, 2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111, [2011] B.C.J. No. 2096 (QL), 2011 CarswellBC 3303 (WL Can.); 2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144, 270 C.R.R. (2d) 220, [2013] 2 W.W.R. 528, [2012] B.C.J. No. 2247 (QL), 2012 CarswellBC 3373 (WL Can.); et 2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189, [2013] 10 W.W.R. 602, 40 C.P.C. (7th) 274, 61 Admin. L.R. (5th) 310, [2013] B.C.J. No. 1352 (QL), 2013 CarswellBC 1871 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Nicolas M. Rouleau et *Joseph Pagé*, pour les appelants l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et autres.

Robert W. Grant, *c.r.*, *Jean-Pierre Hachey*, *Mark C. Power* et *David P. Taylor*, pour l'appelant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique.

Leonard T. Doust, *c.r.*, *Karrie Wolfe* et *Warren B. Milman*, pour les intimés.

Alan F. Jacobson et *Barbara C. Mysko*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Randy Steele, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

François Baril, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Maxime Faille, *Guy Régimbald* et *Pippa Lawson*, pour l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon.

Christine Ruest Norrena et *Isabelle Bousquet*, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Roger J. F. Lepage et *Francis P. Poulin*, pour les intervenants la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones, le Conseil des écoles fransaskoises et la Commission scolaire francophone du Yukon.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Karakatsanis J. — This appeal reflects a new generation of issues for minority language education rights. When is the quality of a minority language school education equivalent to that of the majority language schools? What factors go into determining equivalence?

[2] These questions lie at the heart of this appeal. They engage s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the minority language education provision that guarantees minority language rights holders the right to have their children receive primary and secondary school instruction in English or French. While this Court has considered this *Charter* right on several occasions over the past 30 years, the present appeal illustrates the evolution of minority language education disputes since the adoption of the *Charter*: rather than focusing on a group's initial entitlement to a given level of minority language educational services, this appeal asks how a court may determine whether a group is, in fact, receiving its entitlement.

[3] It is well established that where the number of children of minority language rights holders warrants the highest level of services envisioned by s. 23, those rights holders are entitled to instruction and educational facilities equivalent in quality to that provided to the official language majority of the province or territory. This Court's past jurisprudence has recognized that, because of the remedial nature of s. 23 rights, equality may mean something different than formal equality. It requires substantive equality. In this appeal, we are called upon to give guidance on how to measure this equivalence. We are also asked to determine the significance of a finding of lack of equivalence, and whether it amounts to a breach of s. 23 of the *Charter*.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] La juge Karakatsanis — Le présent pourvoi met en lumière une nouvelle génération de questions liées aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Dans quelles circonstances la qualité de l'instruction dans la langue de la minorité équivaut-elle à celle de l'instruction dans la langue de la majorité? Quels sont les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a équivalence?

[2] Ces questions sont au cœur du présent pourvoi. Elles font intervenir l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit la disposition relative à l'instruction dans la langue de la minorité qui garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, en français ou en anglais. Bien que la Cour ait examiné ce droit garanti par la *Charte* à plusieurs reprises au cours des 30 dernières années, le présent pourvoi illustre l'évolution des différends en matière d'instruction dans la langue de la minorité depuis l'adoption de la *Charte* : au lieu de mettre l'accent sur le droit initial d'un groupe à un certain niveau de services d'enseignement dans la langue de la minorité, le pourvoi soulève la question de savoir comment un tribunal peut décider si un groupe reçoit, dans les faits, les services auxquels il a droit.

[3] Il est bien établi que, lorsque le nombre d'enfants de titulaires de droits linguistiques minoritaires justifie le plus haut niveau de services prévu à l'art. 23, ces titulaires de droits doivent bénéficier d'une instruction et d'établissements d'enseignement de qualité équivalente à ceux offerts à la majorité de langue officielle de la province ou du territoire en question. La Cour a reconnu dans sa jurisprudence qu'étant donné la nature réparatrice des droits reconnus à l'art. 23, l'égalité peut avoir un sens distinct de celui de l'égalité formelle. Cette égalité doit être réelle. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à donner des indications sur la façon de mesurer l'équivalence. Nous devons aussi établir l'importance d'une constatation qu'il n'y a pas d'équivalence et décider si l'absence d'équivalence constitue une violation de l'art. 23 de la *Charte*.

[4] In this case, the parents of children attending a French-language elementary school challenged their school board and the provincial government, and sought a declaration that the educational services were not equivalent to those of the English-language schools in the area. In my view, they were entitled to that declaration. As a result, I would allow the appeal and restore the declaration of the petition judge.

I. Facts

[5] L'école élémentaire Rose-des-vents (RDV) is the only publicly-funded French-language elementary school for students living west of Main Street in the city of Vancouver. It was established in 2001, five years after the Supreme Court of British Columbia ruled that the number of children of rights holders in the geographic area of Vancouver/Lower Mainland and Victoria warranted the highest measure of management and control contemplated under s. 23 (*Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) v. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83). The court concluded that the B.C. legislature could no longer delay putting in place an appropriate minority language education scheme.

[6] As the petition judge held, enrollment at RDV has increased since 2001 and the school, which currently shares facilities with a French-language secondary school, has become increasingly overcrowded. In 2012, RDV had a nominal capacity of 215 students and an operating capacity of 199 students. Enrollment in 2011 was 344 students, and enrollment is growing.

[7] RDV is small, with narrow hallways and no coat hooks or lockers. There is a lack of storage space. This is said to have contributed to the spread of lice among students. There is no available flexible space in the school. The washrooms are inadequate. The library is very small, and the classrooms are significantly smaller than those in other schools. Only three classrooms meet the recommended size

[4] En l'espèce, les parents d'enfants qui fréquentent une école primaire de langue française ont poursuivi le conseil scolaire et le gouvernement provincial et ont sollicité un jugement déclarant que les services d'enseignement n'étaient pas équivalents à ceux dispensés par les écoles de langue anglaise du secteur. À mon avis, ils avaient droit à ce jugement déclaratoire. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête.

I. Faits

[5] L'école élémentaire Rose-des-vents (RDV) est la seule école primaire de langue française financée à même les fonds publics qui dessert les élèves résidant à l'ouest de la rue Main dans la ville de Vancouver. Elle a vu le jour en 2001, cinq ans après que la Cour suprême de la Colombie-Britannique eut décidé que le nombre d'enfants de titulaires de droits linguistiques dans la région de Vancouver et du Lower Mainland et dans la région de Victoria justifiait le plus haut niveau de gestion et de contrôle prévu à l'art. 23 (*Assn. des Parents Francophones (Colombie-Britannique) c. British Columbia* (1996), 27 B.C.L.R. (3d) 83). La cour a conclu que la législature de la Colombie-Britannique ne pouvait plus retarder la mise en place d'un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité.

[6] Comme l'a conclu le juge saisi de la requête, le nombre d'inscriptions à RDV augmente depuis 2001 et l'école, qui partage actuellement ses locaux avec une école secondaire de langue française, est de plus en plus surpeuplée. En 2012, RDV avait une capacité nominale de 215 élèves et une capacité opérationnelle de 199 élèves. On dénombrait 344 inscriptions en 2011 et ce nombre augmente d'année en année.

[7] RDV est une petite école aux couloirs étroits et il n'y a aucun crochet à manteaux ni casier. L'espace de rangement est insuffisant, ce qui aurait, dit-on, contribué à la propagation de poux chez les élèves. Il n'y a aucun local adaptable dans l'école. Les toilettes sont inadéquates. La bibliothèque est très petite et les salles de classe sont beaucoup plus petites que celles des autres écoles. Seulement trois

for classrooms. Two classrooms have no windows. The playground is divided into small sections. Due to the space sharing arrangement with the secondary school, the space made available to RDV will likely diminish in the coming years.

[8] By contrast, the English-language schools in RDV's catchment area are larger, with larger classrooms, larger and better playing fields, and more spacious libraries.

[9] Of the 344 students attending RDV in 2012, 293 were transported to school by bus. None of those elementary school students live within the one kilometre "walk limit". Over two thirds of these students spend more than 30 minutes per bus trip. By contrast, most students attending English-language schools in the area live within one kilometre of their schools.

[10] The B.C. Minister of Education has acknowledged that RDV is operating "over capacity". The construction of a new French-language school in Vancouver has been a "high priority" of the Ministry of Education at least since 2008 (A.R., vol. II, at p. 104). The Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (CSF), the French-language school board that oversees RDV, acknowledges the overcrowding, the substandard facilities, and the long bus rides.

[11] In 2010, the Association des parents de l'école Rose-des-vents and Joseph Pagé, on his own behalf and as a representative of parents of children enrolled at RDV ("the Parents"), filed a petition naming as respondents the Minister of Education, the Attorney General of British Columbia (collectively, "the Province"), and the CSF.[1] The petition sought a declaration that the Parents' minority language education rights under s. 23 of the *Charter* had been breached. The Parents argued that the

[1] Despite being named as a respondent in the petition, the CSF has supported the position of the Parents, and is an appellant in the appeal before this Court.

salles de classe ont la superficie recommandée. Deux salles de classe sont dépourvues de fenêtres. Le terrain de jeux est divisé en petites sections. Étant donné l'entente de partage des locaux conclue avec l'école secondaire, l'espace mis à la disposition de RDV diminuera sans doute au cours des prochaines années.

[8] À l'opposé, les écoles de langue anglaise situées dans la zone desservie par RDV sont plus grandes, disposent de salles de classe plus grandes et de terrains de jeux plus vastes et en meilleur état ainsi que de bibliothèques plus spacieuses.

[9] En 2012, 293 des 344 élèves qui fréquentaient alors RDV se rendaient à l'école en autobus. Aucun de ces élèves du primaire n'habite à l'intérieur de la « distance de marche » d'un kilomètre. Le trajet en autobus de plus des deux tiers de ces élèves dure plus de 30 minutes. Or, la plupart des élèves qui fréquentent les écoles de langue anglaise du secteur habitent à moins d'un kilomètre de leur école.

[10] Le ministre de l'Éducation de la Colombie-Britannique a reconnu que RDV est [TRADUCTION] « surpeuplée ». La construction d'une nouvelle école de langue française à Vancouver est une [TRADUCTION] « grande priorité » pour le ministère de l'Éducation depuis au moins 2008 (d.a., vol. II, p. 104). Le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique (CSF), soit le conseil scolaire francophone responsable de RDV, reconnaît qu'il y a surpopulation, que les installations ne respectent pas les normes et que les trajets en autobus sont longs.

[11] En 2010, l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et Joseph Pagé, en son propre nom et en qualité de représentant des parents d'enfants inscrits à RDV (« les Parents »), ont déposé une requête dans laquelle le ministre de l'Éducation, le procureur général de la Colombie-Britannique (collectivement « la Province ») et le CSF[1] sont désignés à titre de défendeurs. Les requérants sollicitaient un jugement déclarant que les droits à l'instruction dans la langue de la minorité que confère

[1] Même s'il a été désigné comme intimé dans la requête, le CSF a appuyé la position des Parents et il possède la qualité d'appelant dans le pourvoi interjeté devant la Cour.

RDV school facilities were not equivalent to those of the English-language schools in the area. However, they sought to avoid the question of assigning responsibility for the alleged inadequacies during the first stage of the proceedings. They hoped that a declaration at the first stage would be sufficient to obtain a favourable government response.

[12] The CSF agrees with the Parents that the facilities available to rights holders in the RDV catchment area are inadequate. However, it blames the inadequacies on insufficient funding from the Province, which funds capital expenditures separately from regular operating expenditures. The Province denies that the RDV facilities are deficient, but argues that if they are, the CSF, as the agency charged with exercising management and control of the minority language education system on behalf of rights holders, bears responsibility for any inadequacies.

[13] In a separate action commenced later in 2010, the CSF, the Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique,[2] and 33 individual parents initiated proceedings against the Province, alleging province-wide breaches of s. 23 of the *Charter* and raising systemic challenges to the capital funding system put in place by the Ministry of Education as it applies to minority language education. While that action is not a subject of this appeal, it may resolve some of the outstanding issues raised in this petition.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

[14] The present matter constitutes the first phase of what may be a multi-phase proceeding. Justice Willcock, then of the Supreme Court of British Columbia, presided over the petition. He decided to

[2] The Fédération is a non-profit organization representing 28 parent associations from the CSF's schools and 13 parent associations from French-language pre-schools.

aux Parents l'art. 23 de la *Charte* avaient été violés. Les Parents affirmaient que les installations de l'école RDV n'étaient pas équivalentes à celles des écoles de langue anglaise du secteur. Cependant, ils ont cherché à éluder la question de l'attribution d'une responsabilité pour les lacunes alléguées pendant la première étape de l'instance. Ils espéraient que le prononcé d'un jugement déclaratoire à la première étape soit suffisant pour obtenir une réponse favorable du gouvernement.

[12] Le CSF convient avec les Parents que les installations mises à la disposition des titulaires de droits dans la zone desservie par RDV sont inadéquates. Toutefois, il impute ces lacunes au financement insuffisant de la Province, qui paye les dépenses en immobilisations séparément des dépenses normales de fonctionnement. La Province nie que les installations de RDV sont inadéquates, mais soutient que, si elles le sont, c'est au CSF, à titre d'organisme chargé de gérer et de contrôler le système d'éducation dans la langue de la minorité au nom des titulaires de droits, qu'en incombe la responsabilité.

[13] Dans une action distincte introduite plus tard en 2010, le CSF, la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique[2] et 33 parents ont poursuivi la Province, alléguant qu'elle avait violé l'art. 23 de la *Charte* sur tout son territoire et que des problèmes systémiques minaient le régime de financement des immobilisations instauré par le ministère de l'Éducation pour l'enseignement dans la langue de la minorité. Bien que cette action ne fasse pas l'objet du présent pourvoi, elle permettra peut-être de régler quelques-unes des questions en suspens soulevées dans la requête.

II. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

[14] La présente affaire constitue la première étape de ce qui pourrait être une instance à étapes multiples. Le juge Willcock, siégeant alors à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a présidé

[2] La Fédération est un organisme à but non lucratif qui représente 28 associations de parents d'enfants fréquentant les écoles du CSF et 13 associations de parents d'élèves fréquentant des établissements préscolaires de langue française.

phase the proceedings in light of the declaratory nature of the relief sought by the Parents, and the possibility that the outcome of the first phase might lead to a resolution of the dispute (2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111). In doing so, he took into consideration the efficient use of judicial resources and the critical need for timely compliance in s. 23 cases to avoid the risks of assimilation caused by delay, relying on this Court's decision in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 29.

[15] This appeal concerns the first phase. The judge was to assess whether the Parents were being provided with instruction and facilities equivalent to majority language schools, as guaranteed under s. 23 of the *Charter*. Prior to undertaking this first phase, the judge struck certain parts of the Province's pleadings on the grounds that they were not relevant to the first phase of proceedings (2011 BCSC 1495). As well, during the course of the hearing, the Province sought an adjournment in order to bring further evidence on various points, including responsibility for any breach of s. 23. The judge denied this adjournment request (2012 BCSC 1206).

[16] In his reasons for judgment at the conclusion of the first phase of proceedings, the judge found a lack of equivalence between the school facilities afforded to the Parents and the facilities available to majority language students in the same area (2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144). He found that, despite the good quality of instruction and academic outcomes, the RDV facilities are inadequate, and that the long travel times of many students are not offset by superior facilities or programs. He found that the disparity limited enrollment and contributed to assimilation. He concluded that the facilities are inadequate to meet the standard of equivalence required by s. 23 of the *Charter*. He did not assign responsibility for the failure to meet the constitutional standard.

l'audition de la requête. Il a décidé de diviser l'instance en étapes vu le caractère déclaratoire de la réparation demandée par les Parents et la possibilité que l'issue de la première phase mette fin au différend (2011 BCSC 1495, 21 C.P.C. (7th) 111). Ce faisant, il a pris en considération l'utilisation efficiente des ressources judiciaires et la nécessité cruciale de tenir à temps la promesse contenue à l'art. 23 pour éviter les risques d'assimilation dus aux atermoiements, en s'appuyant sur l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 29.

[15] Le pourvoi qui nous occupe porte sur la première étape. Le juge devait décider si les Parents bénéficiaient d'un enseignement et d'installations équivalents à ceux des écoles de la majorité linguistique, comme le garantit l'art. 23 de la *Charte*. Avant de passer à cette étape, le juge a radié certains passages des actes de procédure de la Province au motif qu'ils n'étaient pas pertinents quant au premier stade de l'instance (2011 BCSC 1495). La Province a par ailleurs demandé pendant l'audience un ajournement afin de présenter des éléments de preuve additionnels sur différents points, y compris la responsabilité de toute violation de l'art. 23. Le juge a rejeté la demande d'ajournement (2012 BCSC 1206).

[16] Dans ses motifs de jugement rendus au terme de la première étape de l'instance, le juge a conclu que l'établissement d'enseignement fourni aux Parents n'est pas de qualité équivalente aux établissements d'enseignement mis à la disposition des élèves de la majorité linguistique dans le même secteur (2012 BCSC 1614, 39 B.C.L.R. (5th) 144). Il a jugé que, malgré la grande qualité de l'enseignement et les bons résultats scolaires, les installations de RDV sont inadéquates, et que les longs déplacements de nombreux élèves ne sont pas contrebalancés par des installations ou des programmes de qualité supérieure. À mon avis, l'écart avait pour effet de limiter l'inscription et de contribuer à l'assimilation. Il a conclu que les installations ne peuvent satisfaire à la norme d'équivalence établie par l'art. 23 de la *Charte*. Il n'a imputé aucune responsabilité pour ce manquement à la norme constitutionnelle.

[17] The judge issued "a declaration in favour of the parents . . . that they are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (para. 160). He also retained jurisdiction over the litigation to hear further applications, should the outcome of the first phase of the proceedings be insufficient to facilitate the resolution of the issues between the parties.

[18] The judge awarded special costs to the Parents throughout, and to the CSF in relation to all proceedings on or after November 4, 2011 (2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189). Though he did not find the Province's conduct worthy of reproof or rebuke, the judge concluded that the petitioners and the CSF were entitled to special costs as public interest litigants.

B. *Court of Appeal for British Columbia*

[19] The Court of Appeal for British Columbia allowed the appeal brought by the Province. Hinkson J.A. (Saunders and Bennett JJ.A. concurring) concluded that certain paragraphs struck by the judge should not have been struck, as they were not clearly irrelevant to the first phase of proceedings (2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246). The Court of Appeal was of the view that issues of costs and practicalities may be relevant to the equivalence analysis performed as part of the first phase. The Court of Appeal, relying on the judge's March 2012 clarification of his 2011 phasing order, also concluded that the reasons for judgment went beyond what the judge said he intended to resolve as part of the first phase of the proceedings. This had the effect of unfairly precluding the Province from obtaining further evidence to support its defence that any disparity in the facilities did not amount to a breach of the Parents' s. 23 rights.

[20] The Court of Appeal set aside the order striking certain paragraphs of the Province's pleadings.

[17] Le juge a prononcé [TRADUCTION] « un jugement déclaratoire en faveur des parents [. . .] portant qu'ils n'ont pas accès aux établissements d'enseignement dans la langue de la minorité que leur garantit l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (par. 160). Il s'est aussi déclaré compétent pour entendre les autres demandes dans ce litige si le résultat de la première étape de l'instance ne permettait pas de faciliter le règlement des questions opposant les parties.

[18] Le juge a accordé des dépens spéciaux aux Parents devant toutes les cours et au CSF pour toutes les procédures en cours le 4 novembre 2011 ou après cette date (2013 BCSC 1111, 49 B.C.L.R. (5th) 189). Estimant que la conduite de la Province ne méritait ni reproche ni réprimande, le juge a tout de même conclu que les requérants et le CSF avaient droit à des dépens spéciaux en tant que parties à un litige d'intérêt public.

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

[19] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de la Province. Le juge Hinkson (avec l'accord des juges Saunders et Bennett) a conclu que certains paragraphes radiés par le juge n'auraient pas dû l'être puisqu'ils n'étaient pas manifestement dépourvus de pertinence pour la première étape de l'instance (2013 BCCA 407, 49 B.C.L.R. (5th) 246). La Cour d'appel a estimé que les coûts et les considérations pratiques peuvent s'avérer pertinents dans l'analyse de l'équivalence à la première étape. Se fondant sur les précisions apportées en mars 2012 par le juge à son ordonnance de division en étapes de 2011, elle a aussi conclu que les motifs du jugement allaient au-delà de ce que le juge avait dit vouloir régler au cours de la première étape de l'instance. La Province avait donc été injustement privée de la possibilité de recueillir d'autres éléments de preuve pour appuyer sa défense selon laquelle toute différence entre les établissements ne constituait pas une atteinte aux droits garantis aux Parents par l'art. 23.

[20] La Cour d'appel a annulé l'ordonnance radiant certains paragraphes des actes de procédure

It also set aside Justice Willcock's declaration dated October 31, 2012, and ordered that the petition be remitted to the Supreme Court of British Columbia. The Court of Appeal also set aside the award of special costs (2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79).

III. Issues

[21] This appeal raises both substantive and procedural issues.

[22] First, how should a court assess the substantive equivalence of a minority language school facility as compared to majority language school facilities, for the purpose of determining whether the minority language facility complies with s. 23 of the *Charter*? In particular, are issues of costs and practicalities relevant to the s. 23 equivalence analysis? Is it necessary to determine responsibility, as between a province or territory and a school board, prior to finding a *prima facie* breach of s. 23?

[23] Second, were the procedures adopted by the petition judge in managing the proceedings procedurally unfair?

IV. Analysis

A. *Equivalence Under Section 23 of the Charter*

(1) Basic Principles and Interpretation of Section 23

[24] Section 23 of the *Charter* guarantees minority language rights holders the right to have their children educated in English or French, as the case may be:

> **23.** (1) Citizens of Canada
>
> (*a*) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

de la Province. Elle a également annulé le jugement déclaratoire du juge Willcock daté du 31 octobre 2012 et a ordonné que la requête soit renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel a annulé en outre l'octroi des dépens spéciaux (2014 BCCA 40, 54 B.C.L.R. (5th) 79).

III. Questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève à la fois des questions de fond et de procédure.

[22] Premièrement, comment le tribunal doit-il apprécier le rapport d'équivalence réelle entre un établissement scolaire dans la langue de la minorité et des établissements scolaires dans la langue de la majorité, afin de déterminer si l'établissement scolaire dans la langue de la minorité respecte l'art. 23 de la *Charte*? Plus particulièrement, les coûts et les considérations pratiques sont-ils pertinents pour l'analyse de l'équivalence fondée sur l'art. 23? Est-il nécessaire de déterminer qui, d'une province, d'un territoire ou d'un conseil scolaire, est responsable de la violation avant même de conclure à une violation *prima facie* de l'art. 23?

[23] Deuxièmement, la procédure adoptée par le juge saisi de la requête pour gérer l'instance était-elle inéquitable sur le plan procédural?

IV. Analyse

A. *Équivalence au sens de l'art. 23 de la Charte*

(1) Principes de base et interprétation de l'art. 23

[24] L'article 23 de la *Charte* garantit aux titulaires de droits linguistiques minoritaires le droit de faire instruire leurs enfants en français ou en anglais, selon le cas :

> **23.** (1) Les citoyens canadiens :
>
> *a*) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

(*b*) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(*a*) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(*b*) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

[25] Section 23 is a remedial right that differs from many other *Charter* rights. The provision is an important marker of Canada's commitment to bilingualism, and to the bicultural founding character of this country. It imposes a constitutional duty on the provinces and territories to provide minority language education to children of s. 23 rights holders where numbers warrant. This commitment sets Canada apart among nations, as Justice Vickers of the Supreme Court of British Columbia explained in *Assn. des Parents Francophones*:

From its genesis, Canada brings to the world a unique history and culture of cooperation and tolerance. It is rooted in the commitment of French and English people, who had earlier been separated by geography, a history of divisive disputes, language and culture, to live together, to

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

[25] Le droit réparateur conféré par l'art. 23 diffère de bien d'autres droits reconnus par la *Charte*. Il s'agit d'une balise importante de l'engagement du Canada envers le bilinguisme et le biculturalisme, élément fondateur de notre pays. Il impose aux provinces et aux territoires l'obligation constitutionnelle de fournir un enseignement dans la langue de la minorité aux enfants des titulaires des droits garantis par l'art. 23 lorsque le nombre le justifie. Cet engagement distingue le Canada des autres pays, comme le juge Vickers, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'a expliqué dans *Assn. des Parents Francophones* :

[TRADUCTION] Depuis sa création, le Canada apporte au monde entier une histoire et une culture qui lui sont propres en matière de collaboration et de tolérance. Ces valeurs sont ancrées dans l'engagement des Français et des Anglais — que la géographie, un passé marqué par la

work together and to share the resources of a new nation. Section 23 restates a fundamental part of that commitment relating to language and culture and acknowledges the vision and faith of our nation's pioneers. Our distinct place in the world's family of nations is dependent on governments honouring the commitment entered into more than two centuries ago which has been reaffirmed by this generation of Canadians through the enactment of particular provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. [para. 24]

[26] Section 23 is concerned with the preservation of culture as well as language. As the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism noted, "[l]anguage and culture are not synonymous, but the vitality of the language is a necessary condition for the complete preservation of a culture" (*Report of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, Book II, *Education* (1968), at p. 8). As this Court noted in *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, at p. 362, "any broad guarantee of language rights, especially in the context of education, cannot be separated from a concern for the culture associated with the language. Language is more than a mere means of communication, it is part and parcel of the identity and culture of the people speaking it": see also M. Bastarache, "Education Rights of Provincial Official Language Minorities (Section 23)", in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 687, at p. 695.

[27] Section 23 was designed to correct and prevent the erosion of official language minority groups so as to give effect to the equal partnership of Canada's two official language groups in the context of education: *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, 2000 SCC 1, [2000] 1 S.C.R. 3, at para. 26; *Mahe*, at p. 364. Minority language education is crucial to the maintenance of that partnership:

> For a minority group, equal partnership means the possibility of preserving its linguistic and cultural identity. . . . The gradual loss of the mother tongue is inevitable without

discorde, la langue et la culture avaient autrefois séparés — à vivre ensemble, à travailler ensemble et à partager les ressources d'une nouvelle nation. L'article 23 reprend un élément fondamental de cet engagement en ce qui concerne la langue et la culture et reconnaît la vision et la confiance des bâtisseurs de notre nation. La place distincte qu'occupe le Canada dans le concert des nations du monde dépend du respect par les gouvernements de l'engagement conclu il y a plus de deux siècles et qui a été confirmé par la génération actuelle de Canadiens par l'adoption de dispositions particulières de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [par. 24]

[26] L'article 23 vise la préservation de la culture et de la langue. Comme l'a souligné la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, « langue et culture ne sont pas synonymes, mais le dynamisme de la première est indispensable à la préservation intégrale de la seconde » (*Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Livre II, *L'éducation* (1968), p. 8). Ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 362, « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle » : voir aussi M. Bastarache, « Les droits scolaires des minorités linguistiques provinciales : l'article 23 de la Charte canadienne des droits et libertés », dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2e éd. 1989), 757, p. 766.

[27] L'article 23 avait pour objet de remédier à l'érosion de groupes minoritaires de langue officielle ou d'empêcher cette érosion de manière à faire des deux groupes linguistiques officiels du Canada des partenaires égaux dans le domaine de l'éducation : *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 26; *Mahe*, p. 364. L'éducation dans la langue de la minorité est primordiale pour assurer le maintien de ce partenariat :

> Le principe d'égalité comporte, pour un groupe minoritaire, la possibilité de maintenir son identité linguistique et culturelle. [. . .] La perte progressive de la

some institution to give formal instruction in the language and to enhance its prestige by according it some social recognition. At the same time, minority-language schools can adapt the curriculum to stress the cultural heritage of the minority group. [*Report of the Royal Commission*, at pp. 8-9]

Indeed, in minority language communities, schools are a primary instrument of linguistic, and thus cultural, transmission: *Mahe*, at pp. 362-63. In many such communities, demographic changes and the shifting role of religious establishments have turned local minority language schools into vital community centres (M. Power and P. Foucher, "Language Rights and Education", in G.-A. Beaudoin and E. Mendes, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (4th ed. 2005), 1095, at pp. 1100-1101).

[28] One distinctive feature of s. 23 is that it is particularly vulnerable to government inaction or delay. Delay in implementing this entitlement or in addressing s. 23 violations can result in assimilation and can undermine access to the right itself. As this Court has noted before, for every school year that governments do not meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation and cultural erosion (*Doucet-Boudreau*, at para. 29). Left neglected, the right to minority language education could be lost altogether in a given community. Thus, there is a critical need both for vigilant implementation of s. 23 rights, and for timely compliance in remedying violations.

(2) "Numbers Warrant" and the "Sliding Scale" of Section 23 Rights

[29] The s. 23 right to equivalent educational facilities for minority language rights holders where numbers warrant provides a means to counteract the assimilation that occurs when the children of rights holders attend majority language schools. In

langue maternelle sera alors inévitable, sans la présence d'établissements qui en fassent le véhicule de l'instruction et rehaussent son prestige d'une sorte de reconnaissance sociale. Dans les écoles de la minorité de langue officielle, il est possible d'adapter le programme de façon à mettre en relief son patrimoine culturel. [*Rapport de la Commission royale*, p. 9]

En effet, dans les communautés linguistiques minoritaires, les écoles sont un instrument primaire de transmission de la langue et, donc, de la culture : *Mahe*, p. 362-363. Dans bon nombre de ces communautés, les changements démographiques et l'évolution du rôle des établissements religieux ont fait des écoles locales de la minorité linguistique des centres communautaires essentiels (M. Power et P. Foucher, « Language Rights and Education », dans G.-A. Beaudoin et E. Mendes, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (4e éd. 2005), 1095, p. 1100-1101).

[28] L'un des traits distinctifs de l'art. 23 est qu'il est particulièrement vulnérable à l'inaction ou aux atermoiements des gouvernements. Le fait de tarder à mettre en œuvre le droit accordé par cet article ou de remédier aux violations de celui-ci peut entraîner l'assimilation et gêner l'exercice du droit lui-même. Comme la Cour l'a déjà indiqué, le risque d'assimilation et d'érosion culturelle augmente avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements respectent les obligations que leur impose l'art. 23 (*Doucet-Boudreau*, par. 29). Laissé à lui-même, le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité risque de disparaître entièrement dans une collectivité donnée. Par conséquent, il est essentiel de veiller à mettre en œuvre avec vigilance les droits reconnus par l'art. 23 et de remédier à temps aux violations.

(2) Les critères relatifs aux droits garantis par l'art. 23 : « la justification par le nombre » et « l'échelle variable »

[29] Le droit à des établissements d'enseignement de qualité équivalente à ceux de la majorité que confère l'art. 23 aux titulaires de droits linguistiques minoritaires quand le nombre d'enfants le justifie constitue un moyen de contrer l'assimilation qui se

Mahe, this Court explained that s. 23 guaranteed a "sliding scale" of minority language education rights (p. 366). At the upper limit of the sliding scale, numbers will warrant the provision of the highest level of services to the minority language community. In such cases, rights holders are entitled to full educational facilities that are distinct from, and equivalent to, those found in the schools of the majority language group (*Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7)*, [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 854-55; *Mahe*, at p. 378). These facilities must be accessible and, where possible, located in the community where the children reside (*Arsenault-Cameron*, at para. 56). The upper threshold of the sliding scale can include separate minority language school boards (*Mahe*, at p. 374).

[30] In *Mahe*, this Court held that costs and practicalities are relevant to the determination of where, on the sliding scale of s. 23 rights, a given minority language community falls, although pedagogical concerns will generally assume more weight (pp. 384-85). Once it is determined that the number of children mandates the highest level of services, s. 23 requires that the quality of services be substantively equivalent to that offered to the majority language students. It is also imperative that minority language parents possess a measure of management and control over the educational facilities in which their children are taught (pp. 371-72). This management and control is vital to ensuring that the minority language and culture flourish in the educational setting.

[31] As this Court noted in *Mahe*, "it should be self-evident that in situations where the [highest] degree of management and control is warranted the quality of education provided to the minority should in principle be on a basis of equality with the majority" (p. 378). That being said, the education provided need not be identical. Section 23 is not meant

produit quand les enfants de ces titulaires de droits fréquentent les écoles de la majorité linguistique. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour a expliqué que l'art. 23 garantissait une « échelle variable » de droits à l'instruction dans la langue de la minorité (p. 366). À la limite supérieure de l'échelle variable, le nombre justifie la fourniture du plus haut niveau de services à la communauté linguistique minoritaire. Dans un tel cas, les titulaires de droits doivent bénéficier d'établissements d'enseignement complets, distincts de ceux offerts à la majorité linguistique, mais de qualité équivalente (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)*, [1993] 1 R.C.S. 839, p. 854-855; *Mahe*, p. 378). Ces établissements doivent être accessibles et situés, si possible, dans la collectivité où habitent les enfants (*Arsenault-Cameron*, par. 56). Le niveau supérieur de l'échelle variable prévoit la création de conseils scolaires séparés pour la minorité linguistique (*Mahe*, p. 374).

[30] Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour a conclu que les coûts et les considérations pratiques sont pertinents pour déterminer où se situe, sur l'échelle variable des droits prévus à l'art. 23, une communauté linguistique minoritaire donnée, même si les considérations pédagogiques ont généralement plus de poids (p. 384-385). Une fois qu'il est établi que le nombre d'enfants commande le plus haut niveau de services, l'art. 23 exige que la qualité des services soit essentiellement équivalente à celle des services offerts aux élèves de la majorité linguistique. Il est également impératif que les parents de la minorité linguistique aient un certain degré de gestion et de contrôle à l'égard des établissements d'enseignement où leurs enfants se font instruire (p. 371-372). Cette gestion et ce contrôle sont vitaux pour assurer l'épanouissement de la langue et de la culture minoritaires en milieu scolaire.

[31] Comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Mahe*, « il va de soi que, dans les situations où le degré [le plus élevé] de gestion et de contrôle [. . .] est justifié, la qualité de l'éducation donnée à la minorité devrait en principe être égale à celle de l'éducation dispensée à la majorité » (p. 378). Par contre, il n'est pas nécessaire que l'enseignement offert soit

to adopt a formal vision of equality that would focus on treating the majority and minority official language groups alike. In *Arsenault-Cameron*, this Court cautioned against applying to a s. 23 analysis the accessibility and pedagogy standards that apply to the majority language group, given the importance of s. 23 rights to the flourishing and preservation of the minority language and culture (paras. 39-40 and 49-51).

(3) What Is the Test for Equivalence?

[32] As noted above, a central aim of s. 23 is "to correct, on a national scale, the historically progressive erosion of official language groups": *Arsenault-Cameron*, at para. 26; see also *Mahe*, at p. 364. Because of the remedial nature of s. 23, and the specific challenges relating to the protection of minority language and culture and the prevention of assimilation, equivalence in the context of s. 23 may mean something other than formal equivalence.

[33] The focus in giving effect to s. 23 rights, then, should be on substantive equivalence, not on *per capita* costs and other markers of formal equivalence. In the present case, there is evidence that the CSF receives a 15% premium in its operational funding from the Province, as compared to other school boards in the province. Given economies of scale, higher *per capita* costs for a minority language board or school are not unexpected (*Mahe*, at p. 378). However, there is no particular *per capita* number that will satisfy the requirements of s. 23 in any given instance. Rather, what is paramount is that the educational experience of the children of s. 23 rights holders at the upper end of the sliding scale be of meaningfully similar quality to the educational experience of majority language students. As this Court noted in *Arsenault-Cameron*, "[s]ection 23 is premised on the fact that substantive equality requires that official language minorities be treated differently, if necessary, according to their particular circumstances and needs, in order to provide them

identique. L'article 23 n'a pas pour objet l'adoption d'une conception formelle de l'égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle. Dans *Arsenault-Cameron*, la Cour a mis en garde contre l'application, dans une analyse fondée sur l'art. 23, des normes d'accessibilité et de pédagogie visant la majorité linguistique, vu l'importance des droits prévus à l'art. 23 pour l'épanouissement et la préservation de la langue et de la culture de la minorité (par. 39-40 et 49-51).

(3) Quel est le critère d'équivalence?

[32] Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 23 vise principalement « à remédier, à l'échelle nationale, à l'érosion historique progressive de groupes de langue officielle » : *Arsenault-Cameron*, par. 26; voir aussi *Mahe*, p. 364. Vu la nature réparatrice de l'art. 23 et les défis particuliers à relever pour protéger la langue et la culture de la minorité et prévenir l'assimilation, l'équivalence, dans le contexte de l'art. 23, peut vouloir dire autre chose que l'équivalence formelle.

[33] Pour donner effet aux droits garantis par l'art. 23, l'accent devrait alors être mis sur l'équivalence réelle plutôt que sur les coûts par personne et les autres indicateurs d'équivalence formelle. En l'espèce, la preuve indique que le CSF touche une prime de 15 pour 100 dans le cadre du financement opérationnel qu'il reçoit de la Province, comparativement aux autres conseils scolaires de la province. Vu les économies d'échelle, il n'est pas étonnant que les coûts par personne soient plus élevés pour un conseil scolaire ou une école de la minorité linguistique (*Mahe*, p. 378). Cependant, aucune somme précise par personne ne pourra satisfaire aux exigences de l'art. 23 dans un cas donné. En revanche, ce qui est primordial, c'est que l'expérience éducative des enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 à la limite supérieure de l'échelle variable soit de qualité réellement semblable à l'expérience éducative des élèves de la majorité linguistique. Comme la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, « [l]'article 23 repose sur la

with a standard of education equivalent to that of the official language majority" (para. 31).

(a) *What Analytical Perspective Is Relevant in Assessing Equivalence?*

[34] The first step in any s. 23 analysis is to determine the entitlement of the parents, who are the holders of the right. This requires assessing what level of service the number of rights holders in a given community warrants. In the present case, a court has previously determined, and the parties accept, that numbers warrant the highest level of French-language educational instruction and facilities, which necessarily includes an element of management and control for the rights holders. This being established, the issue in this case is how to determine whether the Parents have, in fact, been provided the substantive equivalence to which they are entitled.

[35] When assessing equivalence, a purposive approach requires a court to consider the educational choices available from the perspective of s. 23 rights holders. Would reasonable rights-holder parents be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority language school? If so, the purpose of this remedial provision is threatened. If the educational experience, viewed globally, is sufficiently superior in the majority language schools, that fact could undermine the parents' desire to have their children educated in the minority language, and thus could lead to assimilation. The inquiry into equivalence should thus focus on comparisons that would adversely affect the realization of the rights under s. 23 of the *Charter*.

prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle » (par. 31).

a) *Quelle perspective analytique est pertinente lorsqu'il s'agit d'évaluer l'équivalence?*

[34] La première étape de toute analyse fondée sur l'art. 23 consiste à déterminer ce dont doivent bénéficier les parents titulaires du droit. Il faut pour cela établir le niveau de services que justifie leur nombre dans une collectivité donnée. En l'espèce, un tribunal a déjà décidé, et les parties conviennent, que le nombre justifie le plus haut niveau d'instruction et d'établissements d'enseignement en langue française, ce qui suppose nécessairement un élément de gestion et de contrôle pour les titulaires de droits. Cela étant établi, il s'agit en l'espèce de savoir comment déterminer si les Parents bénéficient effectivement de l'équivalence réelle à laquelle ils ont droit.

[35] Dans l'évaluation de l'équivalence, la méthode téléologique exige du tribunal qu'il tienne compte des choix offerts en matière d'éducation du point de vue des titulaires des droits garantis à l'art. 23. Des parents raisonnables qui détiennent ces droits seraient-ils dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité linguistique parce que l'école est véritablement inférieure à une école de la majorité linguistique où ils peuvent les inscrire? Dans l'affirmative, l'objet de cette disposition réparatrice est menacé. Si l'expérience éducative, prise globalement, est suffisamment supérieure dans les écoles de la majorité linguistique, ce fait pourrait affaiblir la volonté des parents de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité, ce qui, du coup, risque d'entraîner l'assimilation. L'analyse de l'équivalence doit donc être axée sur des comparaisons susceptibles de compromettre l'exercice des droits garantis par l'art. 23 de la *Charte*.

(b) *What Geographic Scope Is Relevant for the Assessment of Equivalence?*

[36] As this Court has noted, both the statutory language and the purpose of s. 23 in preventing the erosion of official language minority groups require considering "wherever in the province" numbers will warrant the application of s. 23 rights (*Mahe*, at p. 386; *Arsenault-Cameron*, at paras. 56-57). For that reason, it is necessary to think locally, as the linguistic and cultural benefits of minority language education accrue to the local community.

[37] If rights holders consider which school their child should attend, or whether to withdraw their child from a minority language school, they will look to nearby majority language schools as alternatives. It follows that the comparator group that will generally be appropriate for the assessment of substantive equivalence of a minority language school will be the neighbouring majority language schools that represent a realistic alternative for rights holders. To compare the facilities of a minority language school to facilities outside of the area would not realistically capture the choice available to rights holders, who cannot send their children to a school located across the province. Of course, the precise geographic scope of the comparator group, and the relative usefulness of this sort of comparison, will vary with the circumstances (*Arsenault-Cameron*, at para. 57).

(c) *What Factors Are to Be Compared in Assessing Equivalence?*

[38] As the Province has argued, no school is likely to be considered by all parents to be equal or better than its neighbours in every respect. The comparative exercise must be alive to the varied factors that reasonable parents use to assess equivalence. The fact that a given school is deficient in one area does not mean that it lacks equivalence in an overall sense. In particular, both quality of

b) *Quelle portée géographique est pertinente pour évaluer l'équivalence?*

[36] Comme l'a précisé la Cour, le libellé de l'art. 23 et son objet consistant à prévenir l'érosion de groupes minoritaires de langue officielle exigent tous deux que l'on se demande si le nombre d'élèves « partout dans la province » justifie l'application des droits garantis par l'art. 23 (*Mahe*, p. 386; *Arsenault-Cameron*, par. 56-57). Pour cette raison, il faut avoir une vision locale puisque c'est la collectivité locale qui bénéficie des avantages linguistiques et culturels d'un enseignement dans la langue de la minorité.

[37] Si les titulaires de droits se demandent quelle école devrait fréquenter leur enfant ou s'il y a lieu de retirer leur enfant d'une école de la minorité linguistique, ils songeront aux écoles de la majorité linguistique des environs comme solutions de rechange. Ainsi, le groupe de comparaison qui conviendra généralement à l'évaluation de l'équivalence réelle d'une école de la minorité linguistique sera constitué des écoles avoisinantes de la majorité linguistique qui représentent une solution de rechange réaliste pour les titulaires de droits. Comparer les installations d'une école de la minorité linguistique à des établissements de l'extérieur du secteur ne permettrait pas de brosser un portrait réaliste des choix qui s'offrent aux titulaires de droits, qui ne peuvent pas envoyer leurs enfants à une école située à l'autre bout de la province. Bien sûr, l'étendue géographique précise du groupe de comparaison et l'utilité relative de ce genre de comparaison varient selon les circonstances (*Arsenault-Cameron*, par. 57).

c) *Quels facteurs faut-il comparer dans l'évaluation de l'équivalence?*

[38] Comme le prétend la Province, aucune école n'est susceptible d'être considérée par tous les parents comme étant égale ou supérieure, à tous égards, aux écoles voisines. Dans l'exercice de comparaison, il faut être conscient des divers facteurs dont les parents raisonnables tiennent compte pour évaluer l'équivalence. Le fait qu'une école laisse à désirer dans un domaine ne signifie pas qu'elle n'est

instruction and facilities can represent important elements of comparison. Indeed, in *Mahe*, Dickson C.J. rejected an approach that would treat instruction and facilities as "separate rights" under s. 23 of the *Charter*, rights to be associated with different numerical thresholds. He preferred instead to consider instruction and facilities together when determining the scope of the s. 23 right (p. 366). Such an approach is consistent with the purpose of s. 23. It stands to reason that the same considerations apply when comparing equivalence between minority and majority language schools. The quality of instruction and the quality of facilities may both be strong indicators of equivalence, and are properly considered together.

[39] Thus, the comparative exercise is contextual and holistic, accounting for not only physical facilities, but also quality of instruction, educational outcomes, extracurricular activities, and travel times, to name a few factors. Such an approach is similar to the way parents make decisions regarding their children's education. Of course, the extent to which any given factor will represent a live issue in assessing equivalence will be dictated by the circumstances of each case. The relevant factors are considered together in assessing whether the overall educational experience is inferior in a way that could discourage rights holders from enrolling their children in a minority language school.

[40] As a result, the fact that a minority language school is older than nearby majority language schools is not, when viewed in isolation, enough to ground a finding of lack of equivalence. Schools can last for a long time, and older schools may have facilities that are inferior to those of newer schools. The fact that a minority language school is in the older range would not normally drive a reasonable rights-holder parent to withdraw her child from the school, particularly where other aspects of the educational experience

pas équivalente de façon générale. Plus particulièrement, la qualité de l'instruction et celle des établissements peuvent être des éléments de comparaison importants. D'ailleurs, dans l'arrêt *Mahe*, le juge en chef Dickson a rejeté une approche qui traiterait l'instruction et les établissements comme des « droits distincts » au titre de l'art. 23 de la *Charte*, et les associerait à différents seuils numériques. Il a plutôt décidé d'examiner ensemble l'instruction et les établissements au moment de déterminer la portée du droit reconnu par l'art. 23 (p. 366). Une telle approche est compatible avec l'objet de l'art. 23. Il va de soi que les mêmes considérations valent lorsqu'il s'agit de comparer les écoles de la minorité et celles de la majorité pour déterminer si elles sont équivalentes. La qualité de l'instruction et celle des établissements peuvent être de bons indicateurs d'équivalence et sont, à juste titre, examinées ensemble.

[39] Par conséquent, la comparaison est de nature contextuelle et holistique, tenant compte non seulement des installations matérielles, mais aussi de plusieurs autres facteurs, y compris la qualité de l'instruction, les résultats scolaires, les activités parascolaires et le temps de déplacement. Une telle approche s'apparente à la façon dont les parents prennent des décisions relatives à l'instruction de leurs enfants. Bien entendu, la mesure dans laquelle un facteur donné constitue une question en litige dans l'appréciation de l'équivalence est fonction des circonstances de l'affaire. On examine ensemble les facteurs pertinents pour décider si, globalement, l'expérience éducative est inférieure au point de pouvoir dissuader les titulaires de droits d'inscrire leurs enfants dans une école de la minorité linguistique.

[40] En conséquence, le fait qu'une école de la minorité linguistique soit plus vieille que les écoles de la majorité des environs n'est pas, lorsque pris isolément, suffisant pour conclure à l'absence d'équivalence. Les écoles peuvent remplir leur fonction longtemps, et il se peut que des écoles plus vieilles disposent d'installations inférieures à celles d'écoles plus récentes. L'âge avancé d'une école de la minorité linguistique ne pousserait pas, en temps normal, un parent raisonnable, titulaire de droits,

are strong. Fundamentally, the age of a school and the quality of its physical facilities are but two factors among many. There are several other compelling considerations that form part of a reasonable parent's comparison: the quality of the teachers, the curriculum, and the cultural opportunities offered by a minority language school are all relevant. The expectation is not, and cannot reasonably be, to have the "very best" of every aspect of the educational experience. As noted above, the comparative exercise is holistic.

[41] Ultimately, the focus of the assessment is the *substantive equivalence* of the educational experience. If, on balance, the experience is equivalent, the requirements of s. 23 will be met.

[42] For its part, the Province proposed a very different test for measuring equivalence under s. 23. This test would include four distinct elements. First, a court would consider the allegations of inferiority; second, it would weigh the deficiencies against the relative superiorities at the minority language school in order to determine how the two net out in their impact on assimilation; third, the court would consider the resource allocation decisions of the minority language school board and whether the deficiencies are attributable to inadequate funding; and lastly, it would weigh the extent of the assimilation attributable to the alleged inferiorities against the practicalities of the available alternatives.

[43] In my view, such a test is unnecessarily complex and rigid. Not only would it introduce unnecessary elements into the equivalence analysis, it would also require unravelling the question of responsibility for a lack of equivalence, as between the Province and the local school board, even where such an exercise provides no insight into the question of whether a given minority language school is equivalent to its majority counterparts. Such a test would also require the court to jump forward to considering possible positive remedies, under the

à retirer son enfant de l'école, surtout en présence d'autres points forts de l'expérience éducative. Essentiellement, l'âge d'une école et la qualité de ses installations matérielles ne sont que deux des multiples facteurs à considérer. Plusieurs autres considérations impératives entrent dans la comparaison à laquelle se livre un parent raisonnable : la compétence des enseignants, le programme et les occasions culturelles qu'offre une école de la minorité linguistique sont tous pertinents. Un parent ne s'attend pas, et ne saurait raisonnablement s'attendre, à ce que tous les aspects de l'expérience éducative soient les « meilleurs possible ». Comme je l'ai déjà souligné, la comparaison est de nature holistique.

[41] En fin de compte, l'évaluation est axée sur l'*équivalence réelle* de l'expérience éducative. Si, dans l'ensemble, l'expérience est équivalente, les exigences de l'art. 23 sont respectées.

[42] Pour sa part, la Province a proposé un critère très différent pour mesurer l'équivalence au titre de l'art. 23. Ce critère comprend quatre éléments distincts. Premièrement, le tribunal examine les allégations d'infériorité; deuxièmement, il soupèse les lacunes par rapport aux avantages relatifs de l'école de la minorité linguistique afin de déterminer l'incidence qu'ils ont sur l'assimilation; troisièmement, il examine les décisions en matière d'attribution de ressources du conseil scolaire de la minorité linguistique et décide si les lacunes sont imputables à un financement insuffisant; enfin, il évalue l'étendue de l'assimilation attribuable aux points faibles allégués en fonction des avantages pratiques que présentent les autres possibilités.

[43] À mon avis, un tel critère est inutilement complexe et rigide. Non seulement introduit-il des éléments inutiles dans l'analyse de l'équivalence, mais il oblige aussi à décider qui, de la Province ou du conseil scolaire local, est responsable de la non-équivalence, même si cet exercice n'est d'aucun secours pour déterminer si une école de la minorité linguistique est équivalente à ses homologues de la majorité. Ce critère obligerait également le tribunal à sauter une étape pour examiner les réparations concrètes possibles, sous prétexte d'évaluer les

guise of assessing the practicalities of the alternatives available, even where the litigants do not seek a positive remedy. For all of these reasons, I reject this approach to assessing equivalence.

(4) Is There a Role for Costs and Practicalities Within the Equivalence Test?

[44] The Court of Appeal concluded that costs and practicalities may, in some cases, play a role in the equivalence analysis. The Province takes the position that costs and practicalities are part of every entitlement-related decision under s. 23. Thus, where there is a question of upgrading facilities or constructing new facilities for a group of s. 23 rights holders, costs and practicalities will enter into the analysis of whether the existing facilities are equivalent.

[45] By contrast, the Parents and the CSF say that costs and practicalities are only relevant in the assessment of where on the sliding scale a given group of rights holders belongs. Once such a group has been determined to be entitled to the highest level of educational services anticipated by s. 23, they are entitled to services of a quality equal to those of the majority, regardless of costs or practicalities.

[46] In my view, costs and practicalities are relevant to the determination of the level of services a group of rights holders is entitled to on the sliding scale. The Province's position misconceives the nature of the equivalence analysis, and conflates entitlement and equivalence. The entitlement is to equivalent educational services. The equivalence analysis is thus a factual inquiry, not an entitlement-related decision. The "numbers warrant" analysis will have already considered costs and practicalities in determining the scope of the s. 23 rights to be afforded to the minority language group. It would undermine that analysis to consider costs and practicalities *again*, after the appropriate level of educational services has already been determined. Such an approach is neither logical nor principled. Thus,

avantages pratiques des autres possibilités, même si les parties ne cherchent pas à obtenir de réparation concrète. Pour toutes ces raisons, je rejette cette méthode d'évaluation de l'équivalence.

(4) Les coûts et les considérations pratiques ont-ils leur place dans le critère d'équivalence?

[44] La Cour d'appel a conclu que les coûts et les considérations pratiques peuvent, dans certains cas, jouer un rôle dans l'analyse de l'équivalence. La Province soutient qu'il faut tenir compte des coûts et des considérations pratiques dans chaque décision sur les droits garantis par l'art. 23. Par conséquent, lorsqu'il est question d'améliorer des installations ou d'en construire de nouvelles pour un groupe de titulaires des droits garantis par l'art. 23, les coûts et les considérations pratiques jouent dans l'examen de la question de savoir si les installations existantes sont équivalentes.

[45] En revanche, les Parents et le CSF affirment qu'il ne faut tenir compte des coûts et des considérations pratiques que pour déterminer où, sur l'échelle variable, se situe un groupe de titulaires de droits. Une fois qu'il a été établi que ce groupe a droit au plus haut niveau de services d'enseignement prévu par l'art. 23, il a le droit de recevoir des services de qualité équivalente à ceux offerts à la majorité, peu importe les coûts ou les considérations pratiques.

[46] À mon avis, les coûts et les considérations pratiques sont pertinents pour établir le niveau de services dont doit bénéficier un groupe de titulaires de droits selon l'échelle variable. La Province se méprend sur la nature de l'analyse de l'équivalence et confond le droit à des services et l'équivalence. Les titulaires ont droit à des services d'enseignement équivalents. L'analyse de l'équivalence s'attache donc aux faits, et non à la reconnaissance d'un droit. Le tribunal aura déjà examiné les coûts et les considérations pratiques dans le cadre de l'analyse de la « justification par le nombre » pour déterminer l'étendue des droits que confère l'art. 23 au groupe linguistique minoritaire. Ce serait compromettre cette analyse que d'examiner *de nouveau* les coûts et les considérations pratiques, après que le niveau

it is not appropriate for provincial or territorial governments to invoke issues of practicality or cost as part of the inquiry into the factual equivalence of minority language and majority language schools.

approprié de services d'enseignement eut déjà été fixé. Une telle approche n'est ni logique ni fondée sur des principes. Par conséquent, il n'est pas opportun pour les gouvernements provinciaux ou territoriaux de soulever des questions liées aux considérations pratiques ou aux coûts dans le cadre de l'analyse de l'équivalence factuelle entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité linguistique.

[47] As this Court noted in *Mahe*, costs will usually be subsumed within pedagogical needs in determining what level of services the numbers warrant (pp. 384-85). Funds allocated to minority language schools should be *at least* the same *per capita* as those allocated to majority language schools (p. 378). However, pedagogical needs will, in most cases, prevent the imposition of unrealistic financial demands on the state (p. 385). For example, it would not make sense, either from a pedagogical or a cost perspective, to establish a school for only 10 students in an urban centre. This would be true generally for educational services in either language.

[47] Comme la Cour l'a indiqué dans *Mahe*, les coûts sont habituellement subordonnés aux besoins pédagogiques lorsque vient le temps de déterminer le niveau de services que justifie le nombre d'élèves (p. 384-385). Les fonds affectés aux écoles de la minorité linguistique devraient être *au moins* équivalents, en proportion du nombre d'élèves, aux fonds affectés aux écoles de la majorité (p. 378). Cependant, les besoins pédagogiques permettront, dans la plupart des cas, d'éviter l'imposition à l'État de charges pécuniaires irréalistes (p. 385). Par exemple, il ne serait pas logique, tant sur le plan pédagogique que financier, d'ouvrir une école pour seulement 10 élèves dans un centre urbain. Cela vaut en général pour les services d'enseignement offerts dans l'une ou l'autre langue.

[48] However, where numbers have previously been found to warrant equivalent services, for example, in earlier litigation, the "numbers warrant" analysis may become somewhat pro forma. Unless evidence of a numbers decline puts into question whether the community still sits at the upper end of the sliding scale, entitlement to a previously established level of instruction and facilities is unlikely to be challenged. The more useful inquiry for upper threshold rights-holder groups may be into whether they are receiving the equivalence of the educational services guaranteed to them under s. 23. Costs and practicalities will be irrelevant when considering the minimum requirements for educational equivalence.

[48] Toutefois, lorsqu'il a déjà été établi, par exemple dans un litige antérieur, que le nombre justifiait la prestation de services équivalents, l'analyse de la « justification par le nombre » peut devenir en quelque sorte une question de forme. À moins que la preuve d'une baisse du nombre d'élèves amène à se demander si la communauté se situe toujours à la limite supérieure de l'échelle variable, il est peu probable que le droit à un niveau préalablement fixé d'instruction et d'établissements soit contesté. En ce qui concerne les titulaires de droits situés au niveau supérieur de l'échelle, il est peut-être plus utile de se demander s'ils reçoivent les services d'enseignement équivalents que leur garantit l'art. 23. Les coûts et les considérations pratiques ne jouent aucun rôle dans l'examen des conditions minimales d'équivalence scolaire.

[49] It may be that costs and practicalities again become relevant if a responsible party seeks to justify a violation of s. 23 under s. 1 of the *Charter*. As well,

[49] Il se peut que les coûts et les considérations pratiques redeviennent pertinents si une partie responsable cherche à justifier une violation de l'art. 23

costs and practicalities may be relevant where a court seeks to fashion a remedy that is "appropriate and just" in the circumstances, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. Thus, it does not automatically follow from a finding of a s. 23 breach that rights holders will receive a new school. There is a perpetual tension in balancing competing priorities; between the availability of financial resources and the demands on the public purse. In fashioning a remedy, the court will take into account the costs and practicalities that form part of the provision of all educational services — for both majority and minority language schools. However, this issue is not before us on this appeal.

[50] To summarize, issues of costs and practicalities are considered in determining where a minority language community falls on the sliding scale of rights guaranteed under s. 23. Where the community is entitled to the highest level of educational services, on an equal footing with the majority language community, costs and practicalities will not be relevant to a determination of whether the rights holders are receiving the services to which they are entitled. It may be, however, that costs and practicalities will be relevant in attempts to justify a breach of s. 23, and in attempts to fashion an appropriate and just remedy for a breach.

B. *Application to This Appeal*

(1) Equivalence

[51] In the present case, the petition judge made a number of factual findings regarding RDV and neighbouring English-language schools. He found a number of serious inadequacies at RDV compared to English-language schools in the area. Many of these are set out at the outset of these reasons. The inadequacies at RDV are striking.

[52] The judge also determined the number of eligible students living in the catchment area to be

en vertu de l'article premier de la *Charte*. De plus, les coûts et les considérations pratiques peuvent s'avérer pertinents quand un tribunal cherche à concevoir une réparation « convenable et juste » eu égard aux circonstances en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Donc, la conclusion qu'il y a violation de l'art. 23 ne donnera pas automatiquement lieu à l'ouverture d'une nouvelle école pour les titulaires de droits. Il existe un tiraillement constant dans la conciliation de priorités concurrentes, entre la disponibilité de moyens financiers et les pressions exercées sur le trésor public. Pour concevoir une réparation, le tribunal tient compte des coûts et des considérations pratiques qui font partie de la prestation de tous les services d'enseignement — tant pour les écoles de la majorité linguistique que pour celles de la minorité. Nous ne sommes toutefois pas saisis de cette question en l'espèce.

[50] En résumé, on tient compte des coûts et des considérations pratiques pour déterminer où se situe une communauté linguistique minoritaire sur l'échelle variable des droits garantis par l'art. 23. Si cette communauté a droit au plus haut niveau de services d'enseignement, au même titre que la communauté majoritaire, il n'est pas nécessaire de tenir compte des coûts et considérations pratiques pour décider si les titulaires des droits reçoivent les services auxquels ils ont droit. Il peut toutefois arriver que les coûts et les considérations pratiques s'avèrent pertinents lorsqu'on tente de justifier une violation de l'art. 23 ou de concevoir une réparation convenable et juste par suite d'une violation.

B. *Application en l'espèce*

(1) Équivalence

[51] En l'espèce, le juge saisi de la requête a tiré un certain nombre de conclusions de fait en ce qui concerne RDV et les écoles de langue anglaise des environs. Il a relevé plusieurs lacunes graves à RDV, comparativement aux écoles de langue anglaise du secteur. Bon nombre de ces lacunes sont exposées au début des présents motifs et elles sont frappantes.

[52] Le juge a aussi déterminé qu'au moins 710 élèves admissibles habitaient le secteur desservi

at least 710, and found that the Francophone population in the relevant area warrants the provision of elementary school facilities capable of accommodating approximately 500 students. As of 2011, 344 students were enrolled at RDV, while the school has an operating capacity of only 199 students. There is both overcrowding and unmet demand at RDV.

[53] As already mentioned, in 1996, the Supreme Court of British Columbia found that the number of children of rights holders in the geographic area of Vancouver/Lower Mainland and Victoria warranted the maximum level of management and control contemplated under s. 23 of the *Charter*: see *Assn. des Parents Francophones*. As of 1996, the minority language community in Vancouver and Victoria was of sufficient numbers to be entitled to the highest threshold of educational services anticipated by the sliding scale: there were 8,725 eligible children in 1991 (paras. 44 and 53). There was no suggestion in this appeal that today's numbers are any less compelling. It remains clear that the number of rights holders living west of Main Street in Vancouver warrants the highest level of services, and thus educational equivalence with nearby English-language schools.

[54] The petition judge applied the correct test to assess equivalence. In his reasons, he described the test to be applied as follows:

> I am of the opinion that in measuring equivalence I should look primarily to factors that influence parental enrollment decisions. I should look to evidence of the aesthetic qualities of the facilities and their structural integrity as well as evidence of academic outcomes. The principal objective of avoiding linguistic assimilation should be borne in mind. [2012 BCSC 1614, at para. 135]

It is clear that the judge understood that both facilities and academics are relevant. With respect to academics, he held that to the extent that academic results contribute to enrollment, they must be considered but do not constitute a substitute for a comprehensive measure of equivalence. In the present

par RDV et a conclu que la population francophone du secteur justifiait la fourniture d'établissements d'enseignement primaire pouvant accueillir environ 500 élèves. En 2011, 344 élèves étaient inscrits à RDV, alors que la capacité opérationnelle de l'école n'est que de 199 élèves. Non seulement RDV est surpeuplée, mais elle ne satisfait pas à la demande.

[53] Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu en 1996 que le nombre d'enfants de titulaires de droits dans la région de Vancouver et du Lower Mainland et dans celle de Victoria justifiait le niveau maximum de gestion et de contrôle prévu par l'art. 23 de la *Charte* : voir *Assn. des Parents Francophones*. En 1996, la communauté linguistique minoritaire de Vancouver et de Victoria comptait un nombre suffisant de membres pour que ceux-ci aient droit au plus haut niveau de services d'enseignement prévu par l'échelle variable : on recensait 8 725 enfants admissibles en 1991 (par. 44 et 53). Nul n'a laissé entendre dans le présent pourvoi que les chiffres actuels sont moins frappants. Il demeure évident que le nombre de titulaires de droits habitant à l'ouest de la rue Main à Vancouver justifie le plus haut niveau de services et, par conséquent, la fourniture d'établissements d'enseignement équivalents aux écoles de langue anglaise des environs.

[54] Le juge saisi de la requête a appliqué le bon critère pour évaluer l'équivalence. Dans ses motifs, il a ainsi décrit le critère à appliquer :

> [TRADUCTION] J'estime que, pour mesurer l'équivalence, il me faut examiner principalement les facteurs qui influent sur la décision des parents d'inscrire leur enfant dans une école. Je dois examiner la preuve des qualités esthétiques des établissements et leur intégrité structurale, ainsi que la preuve des résultats scolaires. Il faut garder à l'esprit le principal objectif d'éviter l'assimilation linguistique. [2012 BCSC 1614, par. 135]

Le juge savait manifestement que les établissements et les résultats scolaires sont tous deux pertinents. En ce qui concerne les résultats scolaires, il a conclu que ceux-ci doivent être pris en considération dans la mesure où ils contribuent à l'inscription, mais qu'ils ne se substituent pas à une mesure complète

case, the judge noted: "[T]he parents and the CSF do not challenge the government's position that academic results are reasonably good. Parents are satisfied with the quality of the instruction their children are receiving" (para. 138).

[55] The judge compared RDV to the English-language schools in the relevant catchment area in Vancouver. In the circumstances, this represents an appropriate geographic scope for the assessment of equivalence.

[56] After reviewing the evidence, the judge concluded that RDV was not equivalent to the majority language schools in the area, stating:

> I am prepared . . . given the evidence with respect to the facilities afforded to students at Rose-des-vents, to say that long travel times in this case are clearly not offset by superior facilities or programs, and that together with inadequate facilities, long travel times act as a disincentive to enrolment, preserve the *status quo*, and defeat the purposes of s. 23 of the *Charter*. . . . What can be said on the evidence is that, collectively, the facilities, including transportation facilities, afforded to the children of rights-holders in the City of Vancouver west of Main Street are presently inadequate to meet the standard of equivalence required to satisfy the constitutional guarantee established by s. 23. [para. 157]

[57] The judge comprehensively and holistically assessed the relevant factors. He noted the high quality of instruction and good academic outcomes. However, in the determination of overall substantive equivalence, he concluded that the programs offered at RDV were not *so* superior as to offset its inadequate facilities, overcrowding and long travel times. In his opinion, the disparity between the minority and majority language schools was such as to limit enrolment and contribute to assimilation. I can see no error in principle in his analysis.

de l'équivalence. En l'espèce, il a souligné ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]es parents et le CSF ne contestent pas la position du gouvernement selon laquelle les résultats scolaires sont assez bons. Les parents sont satisfaits de la qualité de l'instruction que reçoivent leurs enfants » (par. 138).

[55] Le juge a comparé RDV aux écoles de langue anglaise du secteur concerné de Vancouver. Dans les circonstances, il s'agit là d'une étendue géographique qui convient pour évaluer l'équivalence.

[56] Après avoir examiné la preuve, le juge a conclu que RDV n'équivalait pas aux écoles de la majorité linguistique du secteur :

> [TRADUCTION] Je suis [. . .] prêt à dire, vu la preuve concernant les installations fournies aux élèves de Rose-des-vents, que les longs déplacements ne sont, en l'espèce, clairement pas contrebalancés par des installations ou des programmes de qualité supérieure et que, conjugués à des établissements inadéquats, ces longs déplacements dissuadent les parents d'inscrire leurs enfants, maintiennent le statu quo et vont à l'encontre des objets de l'art. 23 de la *Charte*. [. . .] Ce que la preuve permet d'affirmer, c'est que, collectivement, les établissements et les services de transport offerts aux enfants des titulaires de droits de la ville de Vancouver habitant à l'ouest de la rue Main ne permettent pas de satisfaire à la norme d'équivalence nécessaire pour respecter la garantie constitutionnelle établie par l'art. 23. [par. 157]

[57] Le juge a évalué les facteurs pertinents de façon exhaustive et holistique. Il a souligné la grande qualité de l'instruction et les bons résultats scolaires. Toutefois, au moment d'établir l'équivalence réelle globale, il a conclu que les programmes offerts à RDV n'étaient pas de qualité *suffisante* pour pallier le caractère inadéquat de ses installations, la surpopulation et les longs déplacements. Selon lui, l'écart entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité était tel qu'il avait pour effet de limiter l'inscription et de contribuer à l'assimilation. Je ne relève aucune erreur de principe dans son analyse.

(2) The Declaration

[58] At the end of the first phase of the proceedings, the petition judge issued a declaration that the rights holders in the designated area "are not being provided the minority language educational facilities guaranteed to them by s. 23" (2012 BCSC 1614, at para. 160).

[59] The Province argues that a court cannot make a finding that a group of s. 23 rights holders is not receiving what they are entitled to without first determining responsibility. In its view, a finding that a minority language school lacks equivalence does not equal a finding of a s. 23 breach.

[60] The Parents disagree. They characterize the judge's conclusion as a finding of a s. 23 breach, albeit one that does not assign responsibility for that breach. The Parents are of the view that a declaration alone could be sufficient to facilitate a resolution to the situation. Section 1 has not been pleaded and has not been extensively argued up to this point in the proceedings.

[61] In my view, the judge's declaration in this case constitutes a limited, or *prima facie*, declaration of a breach of s. 23. In these circumstances, where the children of s. 23 rights holders are entitled to an educational experience equivalent to that of majority language children, there is no difference between a finding of a lack of equivalence and a finding that the rights holders have not received the services to which they are entitled under s. 23. In effect, unless the absence of equivalence can be justified under s. 1, it is a violation of the claimants' *Charter* rights. Put differently, what else could save a breach, other than justification of the failure to provide equivalent services or to allocate sufficient resources? However, since responsibility for the breach has not yet been assigned — and leaving open the possibility that the responsible party or parties may seek to justify the breach — it cannot be said that the judge's declaration constitutes a complete finding of a *Charter* violation. Indeed, the judge's

(2) Le jugement déclaratoire

[58] À l'issue de la première étape de l'instance, le juge saisi de la requête a prononcé un jugement déclaratoire selon lequel les titulaires de droits du secteur désigné [TRADUCTION] « ne bénéficient pas des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité qui leur sont garantis par l'art. 23 » (2012 BCSC 1614, par. 160).

[59] Selon la Province, un tribunal ne peut pas conclure qu'un groupe de titulaires des droits garantis par l'art. 23 ne reçoit pas les services auxquels il a droit si la question de la responsabilité n'a pas été tranchée. À son avis, la conclusion qu'une école de la minorité linguistique n'est pas équivalente n'équivaut pas à une conclusion selon laquelle il y a violation de l'art. 23.

[60] Les Parents ne sont pas de cet avis. Pour eux, la conclusion du juge en est une suivant laquelle il y a violation de l'art. 23, mais où le juge n'en attribue pas la responsabilité. Les Parents estiment qu'un jugement déclaratoire pourrait suffire à lui seul pour faciliter le règlement de la situation. L'article premier n'a pas été invoqué et n'a pas été longuement débattu jusqu'à maintenant dans l'instance.

[61] À mon avis, le jugement déclaratoire prononcé par le juge en l'espèce constitue une déclaration limitée, ou faite à première vue, de violation de l'art. 23. Dans ces circonstances, où les enfants de titulaires des droits garantis par l'art. 23 ont droit à une expérience éducative équivalente à celle des enfants de la majorité, il n'y a aucune différence entre une conclusion d'absence d'équivalence et une conclusion selon laquelle les titulaires de droits n'ont pas reçu les services auxquels ils ont droit en vertu de l'art. 23. En fait, à moins qu'elle puisse être justifiée au sens de l'article premier, l'absence d'équivalence viole les droits garantis aux demandeurs par la *Charte*. Autrement dit, par quel autre moyen pourrait-on valider une violation, si ce n'est qu'en justifiant l'omission de fournir des services équivalents ou d'allouer suffisamment de ressources? Cependant, puisqu'aucune responsabilité n'a encore été attribuée pour cette violation — et qu'il demeure possible que la ou les parties

careful phrasing of his declaration indicates that he was alive to these complexities.

[62] Establishing responsibility for the breach may be relevant to crafting an appropriate remedy, should one be necessary. Even if the CSF was found, at a later phase of the proceedings, to be the sole party responsible for the absence of equivalence, such a finding would not undermine the judge's declaration at the conclusion of the first phase. The *Charter* binds both the Province and the CSF: see *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 22. Provinces have mechanisms for overseeing good governance by school boards. Even if the CSF were found solely responsible for the breach, restoring and maintaining educational equivalence at RDV may require action and expenditure on the part of both the CSF and the Province.

[63] In summary, the judge's declaration regarding the lack of s. 23 equivalence represents the equivalent of a declaration of a *prima facie* breach of s. 23, subject to the future determination of responsibility, justification for the breach (if applicable), and positive remedy.

(3) The Effect of the Declaration

[64] As of this stage of the proceedings, any positive remedy remains outstanding. The petition judge gave no specific direction to the Province or to the CSF.

[65] That said, there is a tradition in Canada of state actors taking *Charter* declarations seriously: see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 40-37. As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, "[t]he assumption underlying this

responsables tentent de la justifier — on ne peut affirmer que le jugement déclaratoire rendu par le juge constitue une conclusion complète selon laquelle il y a violation de la *Charte*. D'ailleurs, le fait que le juge a soigneusement formulé son jugement déclaratoire indique qu'il était conscient de ces difficultés.

[62] Il peut être pertinent d'établir qui est responsable de la violation pour concevoir une réparation convenable s'il est nécessaire d'en accorder une. Même s'il était conclu à une étape ultérieure de l'instance que le CSF est la seule partie responsable de l'absence d'équivalence, cette conclusion ne compromettrait pas le jugement déclaratoire prononcé par le juge au terme de la première étape. La *Charte* lie à la fois la Province et le CSF : voir *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 22. Les provinces ont à leur disposition des mécanismes qui leur permettent de voir à la bonne gouvernance des conseils scolaires. Même si l'on attribuait seulement au CSF la responsabilité de la violation, le CSF et la Province pourraient devoir agir et engager certaines dépenses pour atteindre et maintenir l'équivalence scolaire à RDV.

[63] En résumé, le jugement déclaratoire du juge selon lequel les titulaires des droits n'ont pas bénéficié de l'équivalence accordée par l'art. 23 équivaut à une déclaration portant qu'il y a, à première vue, violation de l'art. 23, sous réserve de l'établissement futur de la responsabilité, d'une justification de la violation (s'il y a lieu) et d'une réparation concrète.

(3) L'effet du jugement déclaratoire

[64] À ce stade de l'instance, aucune réparation concrète n'a encore été accordée. Le juge saisi de la requête n'a donné aucune directive précise à la Province ou au CSF.

[65] Cela dit, la tradition au Canada veut que les représentants de l'État prennent au sérieux les jugements déclaratoires fondés sur la *Charte* : voir, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 40-37. Comme l'a fait remarquer

choice of remedy is that governments will comply with the declaration promptly and fully" (para. 62). Indeed, this represents one reason why courts often choose to issue declarations in the context of s. 23 (M. Doucet, "L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, at pp. 462-63).

[66] The Parents hope that as a result of this declaration, the main actors implicated — the Province and the CSF — will recognize the need to promptly address the inadequate facilities at RDV. They hope that there is no need to await the outcome of the province-wide litigation, or any subsequent phase of this litigation.

[67] The declaratory relief granted by the judge at the conclusion of the first phase of litigation defers to the parties, allowing them to determine among themselves the best course of action to remedy the lack of equivalence (see *Mahe*, at pp. 392-93). To the extent that there are disputes between a provincial ministry of education and a minority language school board over how best to ensure compliance with the requirements of s. 23, these disputes should be worked out between those parties whenever possible. While parents may have representation on school boards, and thus have a degree of input over school board priorities, school boards are also governmental actors. It does not play to the institutional strength of courts to have judges participate deeply in operational questions, such as detailed decisions surrounding the construction of a new school facility. In the face of competing resource demands and the imperfect realities of day-to-day management of an education system, s. 23 of the *Charter* requires good faith on the part of all interested parties to ensure substantive equivalence for rights holders.

[68] As this Court noted in *Doucet-Boudreau*, "[f]or every school year that governments do not

la Cour dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, « [e]n choisissant ce type de réparation, on tient pour acquis que le gouvernement en question se conformera rapidement et entièrement au jugement rendu » (par. 62). C'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles les tribunaux choisissent souvent de rendre des jugements déclaratoires dans le contexte de l'art. 23 (M. Doucet, « L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (2013), 62 *S.C.L.R.* (2d) 421, p. 462-463).

[66] Les Parents espèrent qu'à la suite de ce jugement déclaratoire, les principaux acteurs — la Province et le CSF — reconnaîtront la nécessité de s'occuper sans délai des installations inadéquates de RDV. Ils espèrent qu'ils n'auront pas à attendre l'issue du litige provincial, ou de toute autre étape subséquente de la présente instance.

[67] Dans son jugement déclaratoire rendu au terme de la première étape, le juge s'en remet aux parties en leur permettant de choisir elles-mêmes la meilleure façon de procéder pour remédier à l'absence d'équivalence (voir *Mahe*, p. 392-393). Lorsqu'un ministère provincial de l'éducation et un conseil scolaire de la minorité linguistique ne s'entendent pas sur la meilleure façon d'assurer le respect des exigences de l'art. 23, ils doivent tenter, dans la mesure du possible, de régler eux-mêmes le différend. Si les parents peuvent être représentés au sein des conseils scolaires, et ainsi avoir une certaine influence sur leurs priorités, il reste que ces derniers sont aussi des acteurs gouvernementaux. Ce n'est pas exploiter le point fort institutionnel des tribunaux que de demander aux juges de s'engager à fond dans des questions opérationnelles, en rendant par exemple des décisions détaillées sur la construction d'un nouvel établissement scolaire. Malgré les pressions concurrentes exercées sur les ressources et les imperfections de la gestion quotidienne d'un système d'éducation, l'art. 23 de la *Charte* exige de toutes les parties intéressées qu'elles fassent preuve de bonne foi pour que les titulaires de droits bénéficient d'une équivalence réelle.

[68] Comme la Cour l'a fait observer dans *Doucet-Boudreau*, « [l]e risque d'assimilation [. . .]

meet their obligations under s. 23, there is an increased likelihood of assimilation", which undermines the remedial goals of s. 23 (para. 29). The situation is urgent.

(4) Organization of the Proceedings

(a) *Justice Willcock's Phasing Order*

[69] Properly structured, communicated, and understood, phasing can facilitate access to justice by ordering a proceeding in such a way as to resolve first those issues that can be dealt with more expeditiously, while leaving to later phases more time-consuming or complex issues, particularly where it may prove unnecessary to engage the later stages. This can be particularly important in litigation involving s. 23 of the *Charter*. For this reason, it is understandable that minority language education rights holders would seek a timely determination of whether or not they are receiving the services required by s. 23.

[70] This interest in the timely determination of s. 23 rights does not mean that normal rules of procedural fairness cease to apply. However, it is relevant to the exercise of a judge's discretion to use phasing or other types of creative structuring of proceedings.

[71] In this case, the petition judge phased the proceedings in light of the limited nature of the Parents' requested relief, taking into consideration the efficient use of judicial resources and the special nature of s. 23. Determining responsibility for the breach was left for a subsequent phase of proceedings, if necessary.

[72] Additionally, the ongoing litigation between the CSF and the Province involves the apportionment of responsibility for alleged s. 23 breaches on

augment[e] avec les années scolaires qui s'écoulent sans que les gouvernements exécutent les obligations que leur impose l'art. 23 », ce qui contrecarre les objectifs réparateurs de l'art. 23 (par. 29). La situation est urgente.

(4) Organisation de l'instance

a) *Ordonnance de division en étapes du juge Willcock*

[69] Correctement structurée, formulée et comprise, l'ordonnance de division en étapes de l'instance peut faciliter l'accès à la justice en prévoyant que l'instance se déroulera de façon à ce que les questions susceptibles d'être traitées plus rapidement soient résolues en premier, et en réservant l'examen des questions plus accaparantes ou complexes aux étapes ultérieures, surtout si celles-ci pourraient s'avérer inutiles. La division en étapes peut se révéler particulièrement importante dans les litiges mettant en cause l'art. 23 de la *Charte*. C'est pourquoi il est normal que les titulaires de droits à l'instruction dans la langue de la minorité demandent qu'il soit statué avec diligence sur la question de savoir s'ils reçoivent ou non les services exigés par l'art. 23.

[70] Cet intérêt à obtenir promptement une décision sur les droits garantis par l'art. 23 ne signifie pas que les règles d'équité procédurale habituelles cessent de s'appliquer. Cependant, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge de recourir à la division en étapes de l'instance ou à toute autre mesure novatrice pour structurer l'instance.

[71] En l'espèce, le juge saisi de la requête a divisé l'instance en étapes vu la portée restreinte de la réparation sollicitée par les Parents, et il a tenu compte de l'utilisation efficiente des ressources judiciaires et de la nature particulière de l'art. 23. L'imputation de la responsabilité de la violation a été réservée à une étape ultérieure de l'instance, au besoin.

[72] De plus, le litige en cours entre le CSF et la Province porte sur le partage de la responsabilité pour les violations alléguées de l'art. 23 à l'échelle

a province-wide scale. The outcome of that litigation may impact the future course of the proceedings under appeal here. From the Parents' perspective, the outcome of the province-wide litigation may obviate the need for a subsequent phase of these proceedings.

[73] Responsibility for the breach at issue here cannot be determined until the next phase of proceedings. Division of responsibility will determine where the burden of justifying the s. 23 violation lies, if a s. 1 argument is raised. Similarly, the division of responsibility would most likely precede any substantive remedial orders.

(b) *Striking of Pleadings and Procedural Directions*

[74] Given the phasing of the petition, the portions of the Province's pleadings struck by the judge were not relevant to the first-phase inquiry into equivalence. In the circumstances, it was open to the judge to strike those portions of the Province's pleadings. Further, the judge was entitled to decline to hear evidence on the question of responsibility for any inadequacies at RDV. While the judge's communication of the phasing of the petition was perhaps not as clear as it might have been, this did not result in any prejudice to the parties. It was clear throughout the proceedings that the judge would not assign responsibility for any s. 23 breach or fashion any remedy as part of the first phase.

[75] The Province's struck pleading that there are many school facilities in British Columbia that could benefit from upgrading, renovation or replacement is irrelevant to the question of whether the children of rights holders are receiving instruction and facilities equivalent to those received by similarly situated majority language students. Similarly, the Province's struck pleading that there are many causes of assimilation apart from inadequate facilities does not assist the court in the evaluation of substantive equivalence between minority and majority language schools. Moreover, the Province's pleading that there

de la province. L'issue de ce litige peut avoir des répercussions sur le déroulement de l'instance faisant l'objet du présent pourvoi. Du point de vue des Parents, l'issue du litige provincial pourrait rendre inutile la poursuite de l'instance.

[73] L'imputation d'une responsabilité pour la violation en cause ne peut avoir lieu qu'à la prochaine étape de l'instance. Le partage de la responsabilité permettra de déterminer sur qui repose le fardeau de justifier la violation de l'art. 23 si l'on invoque un argument relatif à l'article premier. De même, la responsabilité serait fort probablement partagée avant que des ordonnances de réparation sur le fond ne soient rendues.

b) *Radiation de passage des actes de procédure et directives en matière de procédure*

[74] Vu la division en étapes de l'instruction de la requête, les sections des actes de procédure de la Province qui ont été radiées par le juge n'étaient pas pertinentes pour l'analyse de l'équivalence à la première étape. Dans les circonstances, il était loisible au juge de radier ces passages. De plus, le juge pouvait refuser d'entendre des témoignages sur la question de la responsabilité pour les lacunes relevées à RDV, le cas échéant. Bien que la communication par le juge de la division en étapes de l'instruction de la requête ne fût pas aussi claire qu'elle aurait pu l'être, cela n'a causé aucun préjudice aux parties. Il a toujours été évident que le juge n'imputerait aucune responsabilité pour toute violation de l'art. 23 ni ne concevrait de réparation à la première étape.

[75] Le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel un grand nombre de ses établissements scolaires pourraient être améliorés, rénovés ou remplacés, n'a aucun rapport avec la question de savoir si les enfants des titulaires de droits bénéficient d'une instruction et d'établissements équivalents à ceux dont disposent les élèves de la majorité linguistique se trouvant dans une situation semblable. De même, le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel l'assimilation a bien d'autres causes que les installations inadéquates, n'aide pas le tribunal à évaluer

is a variety of reasons for which rights holders could choose not to send their children to RDV is similarly irrelevant to the question of equivalence. I agree that there could be circumstances where a parent may take her child out of RDV for a reason other than a lack of equivalence. However, this does not negate the evidence that *other* students were not enrolled or were withdrawn from the school due to long transportation times or inadequate facilities. Thus, the struck pleading is not relevant to the question of equivalence.

[76] The Province's struck pleading that most of the students at RDV are children of exogamous couples, and that a decrease in the use of French at home is related to the incidence of exogamous couples, is also irrelevant. By the express terms of s. 23, a member of an exogamous couple can be a rights holder. The children of couples that include one rights holder are entitled to attend minority language schools. As this Court has underlined, s. 23(2) applies "without regard to the fact that qualified parents or children may not be French or English, or may not speak those languages at home" (*Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201, at para. 31). Indeed, a French-language school may play a crucial role in the transfer of the French language and culture where it is more difficult for one of the parents to transmit the language and culture in a minority context: see R. Landry and R. Allard, "L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures: le rôle de la francité familioscolaire" (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

[77] Relevance is assessed against the facts in issue. Here, the question that guides the inquiry into substantive equivalence between minority and majority language facilities is the following: would reasonable rights holders be deterred from sending their children to a minority language school because it is meaningfully inferior to an available majority

l'équivalence réelle entre les écoles de la minorité linguistique et celles de la majorité. De plus, le passage de l'acte de procédure de la Province voulant qu'il y ait plusieurs raisons pour lesquelles les titulaires de droits peuvent décider de ne pas envoyer leurs enfants à RDV n'a rien à voir lui non plus avec la question de l'équivalence. Je conviens qu'il peut y avoir des cas où un parent pourrait retirer son enfant de RDV pour une raison autre que l'absence d'équivalence. Or, cette possibilité ne réfute pas la preuve que d'*autres* élèves n'ont pas été inscrits ou ont été retirés de l'école à cause des longs déplacements ou des installations inadéquates. L'acte de procédure radié n'a donc aucun rapport avec la question de l'équivalence.

[76] Le passage radié de l'acte de procédure de la Province, selon lequel la plupart des élèves de RDV sont des enfants de couples exogames et la diminution de l'utilisation du français à la maison s'explique par l'incidence de ces couples, est également hors de propos. D'après les termes exprès de l'art. 23, le membre d'un couple exogame peut détenir des droits. Les enfants issus des unions dont un membre est titulaire des droits peuvent fréquenter les écoles de la minorité linguistique. Comme l'a souligné la Cour, le par. 23(2) s'applique « indépendamment de la possibilité que les parents ou les enfants admissibles ne soient pas francophones ou anglophones ou qu'ils ne parlent pas ces langues à la maison » (*Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 31). En fait, une école française peut jouer un rôle crucial dans la transmission de la langue et de la culture françaises alors qu'il est plus difficile pour un des parents de le faire dans un contexte minoritaire : voir R. Landry et R. Allard, « L'exogamie et le maintien de deux langues et de deux cultures : le rôle de la francité familioscolaire » (1997), 23 *Revue des sciences de l'éducation* 561.

[77] La pertinence s'apprécie en fonction des faits en cause. En l'espèce, la question qui oriente l'analyse de l'équivalence réelle entre les établissements de la minorité linguistique et ceux de la majorité linguistique est la suivante : des titulaires de droits raisonnables seraient-ils dissuadés d'envoyer leurs enfants dans une école de la minorité

language school? Where a proceeding has been formally phased to separate this question from other elements of the s. 23 analysis, evidence that does not assist in answering this question would normally not be relevant. Considered from this perspective, it is clear that the petition judge was entitled to strike the portions of the Province's pleadings.

[78] Far from being unfair to the parties, limiting the evidence that may be adduced according to the phasing of proceedings heeds this Court's guidance in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Judges must actively manage the legal process in line with the principle of proportionality, taking into account fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims: *Hryniak*, at paras. 32 and 5. Such considerations apply with equal force to s. 23 litigation.

[79] Some or all of the Province's struck pleadings may be relevant to a subsequent phase of the litigation. However, based on the judge's organization of the proceedings, they do not assist in the first phase at issue in this appeal. Of course, his decision is without prejudice to any motions on the part of one or more of the parties to amend their pleadings at subsequent phases of the litigation.

[80] For the same reasons, it was not inappropriate for the judge to deny the Province's adjournment request to adduce new evidence during the first phase of proceedings. The additional evidence that the Province sought to adduce was largely irrelevant to the questions at issue in the first phase, and the judge concluded that the prejudice likely to be created by the delay outweighed the marginal relevance of the evidence.

parce qu'elle est de qualité inférieure à une école de la majorité où ils peuvent les inscrire? Dans une instance qui a été officiellement divisée en étapes afin de distinguer cette question des autres éléments de l'analyse fondée sur l'art. 23, la preuve qui ne permet pas de répondre à la question n'est habituellement pas pertinente. Si on envisage la chose sous cet angle, il est clair que le juge saisi de la requête pouvait radier les passages des actes de procédure de la Province.

[78] Loin d'être injuste pour les parties, le fait de limiter la preuve pouvant être présentée à chaque étape de l'instance respecte les directives données par la Cour dans *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87. Les juges doivent gérer activement le processus judiciaire en harmonie avec le principe de la proportionnalité, en tenant compte de l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes : *Hryniak*, par. 32 et 5. Ces considérations s'appliquent tout autant aux litiges mettant en cause l'art. 23.

[79] Une partie ou la totalité des actes de procédure radiés de la Province peut s'avérer pertinente à une étape ultérieure de l'instance. Cependant, compte tenu de la façon dont le juge a organisé le déroulement de l'instance, ils ne sont pas utiles à la première étape en cause dans le présent pourvoi. Bien sûr, la décision qu'il a rendue à la première étape ne porte pas atteinte au droit d'une partie ou de plusieurs d'entre elles de présenter une requête en modification de leurs actes de procédure lors des étapes suivantes de l'instance.

[80] Pour les mêmes raisons, il n'était pas inapproprié pour le juge de rejeter la demande d'ajournement que la Province avait présentée en vue de produire de nouveaux éléments de preuve au cours de la première étape de l'instance. Ces éléments de preuve additionnels que la Province voulait produire n'étaient guère pertinents pour les questions en litige à la première étape, et le juge a conclu que le préjudice susceptible d'être causé par le délai l'emportait sur la pertinence marginale des éléments de preuve.

[81] Given the lack of relevance of the pleadings struck, the Court of Appeal erred in setting aside the order striking the pleadings, and in setting aside the judge's declaration.

V. Disposition

[82] The appeal is allowed and the petition judge's declaration is reinstated. The matter will be remitted to the Supreme Court of British Columbia for the next phase of the petition, if necessary.

VI. Costs

[83] The judge awarded special costs to the Parents throughout the proceedings and to the CSF for all proceedings on or after November 4, 2011. He made this award on the basis that the Parents and the CSF were successful public interest litigants. The Court of Appeal set aside the award of special costs on the basis that the Parents and the CSF were no longer the successful litigants. As this Court is restoring the judge's declaration, absent an error in principle or a plainly wrong award, his award of special costs should also be restored: see *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

[84] As this Court recently emphasized in *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, the standard for awarding special costs is a high one; only exceptional cases will warrant such treatment (para. 139). This Court described the test for special costs as a modification of the test for advance costs in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371. The test for special costs described in *Carter* sets out two requirements:

> First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful

[81] Étant donné l'absence de pertinence des actes de procédure radiés, la Cour d'appel a eu tort d'annuler l'ordonnance de radiation des actes de procédure de même que le jugement déclaratoire du juge.

V. Dispositif

[82] Le pourvoi est accueilli et le jugement déclaratoire du juge saisi de la requête est rétabli. L'affaire sera renvoyée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour la prochaine étape de l'instruction de la requête si cela s'avère nécessaire.

VI. Dépens

[83] Le juge a accordé des dépens spéciaux aux Parents devant toutes les cours et au CSF pour toutes les procédures en cours le 4 novembre 2011 ou après cette date. Il l'a fait pour le motif que les Parents et le CSF étaient des parties à un litige d'intérêt public qui ont eu gain de cause. La Cour d'appel a annulé l'adjudication des dépens spéciaux parce que les Parents et le CSF n'avaient plus gain de cause. Comme la Cour rétablit le jugement déclaratoire du juge, sauf erreur de principe ou attribution de dépens nettement erronée, son adjudication de dépens spéciaux doit aussi être rétablie : voir *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27.

[84] Comme la Cour l'a récemment souligné dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, la norme d'octroi de dépens spéciaux est élevée; seuls des cas exceptionnels justifient pareil traitement (par. 139). La Cour a affirmé que le critère relatif aux dépens spéciaux était une modification du critère applicable à la provision pour frais énoncé dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] R.C.S. 371. Le critère d'octroi de dépens spéciaux établi dans *Carter* comporte deux conditions :

> Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du

litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that [the plaintiffs] have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the [plaintiffs] must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. . . .

Where these criteria are met, a court will have the discretion to depart from the usual rule on costs and award special costs. [paras. 140-41]

This Court further noted that only those costs that are shown to be "reasonable and prudent" will be covered (para. 142).

[85] Although the judge in the present case did not have the benefit of this Court's decision in *Carter*, his reasons with respect to costs show that he was alive to the considerations outlined in that case. Moreover, he was clearly alive to the exceptional nature of such an award, as evidenced by his frequent use of the words "exceptional" and "exception" throughout his reasons.

[86] He found that the matter before him was one of significant and widespread societal impact:

The questions were of public importance as they involved constitutional principles and the sufficiency of measures taken to protect the minority language culture which is regarded as an important objective for all Canadians, given its place in the *Charter*. The case therefore implicates fundamental social values and policies. [2013 BCSC 1111, at para. 72]

As required by *Carter*, these findings go beyond the basic requirements set out in *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28.

[87] Furthermore, the petition judge concluded that the interest of the Parents and the CSF was not such as would justify the proceedings on economic

plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétal ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. . .

Lorsque ces critères sont respectés, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle habituelle en matière de dépens et d'octroyer des dépens spéciaux. [par. 140 et 141]

La Cour a ajouté que seuls les frais dont on établit le caractère « raisonnable et prudent » seront couverts par les dépens spéciaux (par. 142).

[85] En l'espèce, le juge ne disposait pas de la décision de la Cour dans *Carter*, mais ses motifs concernant les dépens démontrent qu'il était sensible aux considérations exposées dans cet arrêt. Il était aussi manifestement conscient du caractère exceptionnel de l'octroi de ces dépens, comme en fait foi son utilisation fréquente des mots « exceptionnel » et « exception » dans ses motifs.

[86] Le juge a conclu que l'affaire dont il était saisi avait une incidence importante et généralisée sur la société :

[TRADUCTION] Les questions revêtaient une importance pour le public puisqu'elles portaient sur des principes constitutionnels et le caractère suffisant des mesures prises pour protéger la culture de la minorité linguistique, ce que l'on considère comme un objectif important pour tous les Canadiens et les Canadiennes, vu sa place dans la *Charte*. L'affaire fait donc intervenir des valeurs et des politiques sociales fondamentales. [2013 BCSC 1111, par. 72]

Comme l'exige l'arrêt *Carter*, ces conclusions vont au-delà des exigences fondamentales énoncées dans *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28.

[87] En outre, le juge saisi de la requête a conclu que l'intérêt des Parents et du CSF ne permettait pas de justifier l'instance pour des raisons d'ordre

grounds given their means and the high cost of litigation. Regarding the ability of the Parents to bear the costs of the litigation, the judge referred to LeBel J.'s majority reasons in *Okanagan* on the importance of access to *Charter* justice for litigants of limited means:

> In special cases where individual litigants of limited means seek to enforce their constitutional rights, courts often exercise their discretion on costs so as to avoid the harshness that might result from adherence to the traditional principles. This helps to ensure that ordinary citizens have access to the justice system when they seek to resolve matters of consequence to the community as a whole. [para. 27]

The judge turned his mind to the limited ability of the Parents to bear the costs of the proceedings. Further, he noted the Province's superior capacity to bear these expenses, and the inability of the CSF to bear such costs without impacting students, thus risking further s. 23 violations. While, according to *Carter*, the fact that the unsuccessful party has a superior capacity to bear the cost of the proceedings cannot, in itself, justify an award of special costs, it remains a relevant consideration: *Carter*, at para. 137.

[88] The type of litigation at issue in this appeal is unusual. The Parents already had a right to minority language education recognized under s. 23, and their petition was initiated largely as a means to compel the Province and the CSF to live up to existing obligations. This process raised novel legal questions regarding the analysis of equivalence under s. 23. By seeking a simple declaration of a lack of equivalence under s. 23, without seeking a positive remedy at the outset, the Parents evidently hoped to resolve some of their issues outside of the courtroom, by way of negotiation with the Province and the CSF.

[89] Even with such a focused approach, litigation of this nature is nonetheless an onerous burden for

économique compte tenu de leurs moyens et du coût élevé du litige. En ce qui concerne la capacité des parents d'assumer les frais du litige, le juge a cité les motifs rédigés par le juge LeBel au nom de la majorité dans l'arrêt *Okanagan* sur l'importance que les parties aux ressources limitées aient accès à la justice garantie par la *Charte* :

> Dans des cas spéciaux où des parties aux ressources limitées cherchent à faire respecter leurs droits constitutionnels, les tribunaux exercent souvent leur pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens de façon à ne pas les mettre dans une situation difficile que pourrait causer l'application des règles traditionnelles. Ils contribuent ainsi à aider les citoyens ordinaires à avoir accès au système juridique lorsqu'ils cherchent à régler des questions qui revêtent de l'importance pour l'ensemble de la collectivité. [par. 27]

Le juge a songé à la capacité limitée des Parents d'assumer les frais de l'instance. De plus, il a souligné la capacité supérieure de la province d'assumer ces dépenses et l'incapacité du CSF de les assumer sans nuire aux élèves, et risquer du même coup d'entraîner d'autres violations de l'art. 23. Bien que, selon *Carter*, le fait que la partie déboutée soit plus en mesure de supporter le coût de l'instance ne peut en soi justifier l'octroi de dépens spéciaux, ce fait demeure une considération pertinente : *Carter*, par. 137.

[88] Le type de litige en cause dans le présent pourvoi est inhabituel. L'article 23 reconnaissait déjà aux Parents un droit à l'instruction dans la langue de la minorité, et leur requête avait pour principal objet de contraindre la Province et le CSF à s'acquitter des obligations existantes. Ce processus a soulevé de nouvelles questions de droit en ce qui a trait à l'analyse de l'équivalence faite en application de l'art. 23. En sollicitant un simple jugement déclarant qu'il n'y avait pas équivalence au sens de l'art. 23, sans chercher à obtenir au départ une réparation concrète, les Parents souhaitaient de toute évidence régler certaines questions à l'extérieur de la salle d'audience, en négociant avec la Province et le CSF.

[89] Même s'il est abordé de manière aussi concentrée, un litige de cette nature demeure un lourd

a small group of parents to bear. It is for this reason that courts have, in the past, awarded special costs in cases involving s. 23 violations where the rights holders made sustained efforts to alert government to the s. 23 issues prior to launching legal proceedings: see *Doucet-Boudreau*, at para. 90; *Arsenault-Cameron*, at para. 63; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96 (P.E.I.S.C.T.D.), at paras. 12-14; *Marchand v. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140 (Ont. H.C.), at pp. 142-43.

[90] In these circumstances, the cost award of the judge will be restored. I would also order special costs to the Parents and the CSF for the appeal proceedings.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants Association des parents de l'école Rose-des-vents et al.: Nicolas M. Rouleau, société professionnelle, Toronto; Joseph Pagé, Vancouver.

Solicitors for the appellant Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique: Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Power Law, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Attorney General of British Columbia, Victoria; McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Yukon Territory: Attorney General of the

fardeau pour un petit groupe de parents. C'est pour cette raison que les tribunaux ont, par le passé, accordé des dépens spéciaux dans des affaires de violations de l'art. 23 où les titulaires de droits avaient déployé des efforts soutenus afin de signaler ces violations au gouvernement avant d'intenter des poursuites : voir *Doucet-Boudreau*, par. 90; *Arsenault-Cameron*, par. 63; *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 149 Nfld. & P.E.I.R. 96 (C.S.Î.-P.-É., 1re inst.), par. 12-14; *Marchand c. Simcoe County Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140 (H.C. Ont.), p. 142-143.

[90] Dans ces circonstances, les dépens accordés par le juge seront rétablis. Je suis également d'avis d'octroyer des dépens spéciaux pour les procédures d'appel aux Parents et au CSF.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants l'Association des parents de l'école Rose-des-vents et autres : Nicolas M. Rouleau, société professionnelle, Toronto; Joseph Pagé, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique : Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Juristes Power, Ottawa.

Procureurs des intimés : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria; McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Territoire du Yukon : Procureur général du

Yukon, Whitehorse; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

Solicitors for the interveners Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises and Commission scolaire francophone du Yukon: Miller Thomson, Regina.

Yukon, Whitehorse; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Gatineau.

Procureurs des intervenants la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest, la Fédération nationale des conseils scolaires francophones, le Conseil des écoles fransaskoises et la Commission scolaire francophone du Yukon : Miller Thomson, Regina.

Attorney General of Quebec, Rocco Galati and Constitutional Rights Centre Inc. *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Canadian Association of Provincial Court Judges, Grand Council of Cree (Eeyou Istchee), Cree Nation Government, Association of the Tax Court of Canada Judges and Attorney General of Ontario *Interveners*

Procureure générale du Québec, Rocco Galati et Centre de Droit Constitutionnel Inc. *Appelants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Association canadienne des juges des cours provinciales, Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee), Gouvernement de la Nation Crie, Association des juges de la Cour canadienne de l'impôt et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

Indexed as: Quebec (Attorney General) *v.* Canada (Attorney General)

2015 SCC 22

File No.: 36231.

2015: April 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Courts — Judges — Judge of the Federal Court of Appeal appointed to the Court of Appeal of Quebec — Reference by the Quebec government concerning s. 98 of the Constitution Act, 1867 — Opinion of the Court of Appeal that (1) the "Courts of Quebec" contemplated by s. 98 are those whose judges are appointed by the Governor General, that is, the Court of Appeal of Quebec and the Superior Court of Quebec, and that (2) s. 98 requires that a person appointed to one of the Courts of Quebec have previously been a member of the Barreau du Québec or be such a member when appointed.

Cases Cited

Distinguished: *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433.

Répertorié : Québec (Procureure générale) *c.* Canada (Procureur général)

2015 CSC 22

N° du greffe : 36231.

2015 : 24 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Tribunaux — Juges — Juge de la Cour d'appel fédérale nommé à la Cour d'appel du Québec — Renvoi du gouvernement du Québec relatif à l'art. 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 — Opinion de la Cour d'appel selon laquelle (1) les cours du Québec visées par l'art. 98 sont celles dont les juges sont nommés par le gouverneur général, soit la Cour d'appel du Québec et la Cour supérieure du Québec et (2) l'art. 98 exige qu'une personne nommée à l'une des cours du Québec ait été membre du Barreau du Québec dans le passé ou le soit au moment de sa nomination.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 98.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Thibault, Morissette, Hilton and Bouchard JJ.A.), 2014 QCCA 2365, [2014] AZ-51136664, [2014] Q.J. No. 14417 (QL), 2014 CarswellQue 14260 (WL Can.). Appeal dismissed.

Jean-Yves Bernard and *Marie-Catherine Bolduc*, for the appellant the Attorney General of Quebec.

Rocco Galati, on his own behalf.

Paul Slansky, for the appellant the Constitutional Rights Centre Inc.

Bernard Letarte and *Alexander Pless*, for the respondent.

Sébastien Grammond, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

James A. O'Reilly, *Patricia Ochman* and *Alex O'Reilly*, for the interveners the Grand Council of Cree (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government.

François Baril and *Guy Régimbald*, for the intervener the Association of the Tax Court of Canada Judges.

Patrick J. Monahan and *Padraic Ryan*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

[1] WAGNER J. — We are all of the view that the appeal should be dismissed, essentially for the reasons given by the Quebec Court of Appeal.

[2] The appellants have not persuaded us that the Court of Appeal erred in interpreting s. 98 of the *Constitution Act, 1867*.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 98.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Thibault, Morissette, Hilton et Bouchard), 2014 QCCA 2365, [2014] AZ-51136664, [2014] J.Q. nº 14417 (QL), 2014 CarswellQue 13106 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Jean-Yves Bernard et *Marie-Catherine Bolduc*, pour l'appelante la procureure générale du Québec.

Rocco Galati, en personne.

Paul Slansky, pour l'appelant le Centre de Droit Constitutionnel Inc.

Bernard Letarte et *Alexander Pless*, pour l'intimé.

Sébastien Grammond, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

James A. O'Reilly, *Patricia Ochman* et *Alex O'Reilly*, pour les intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la Nation Crie.

François Baril et *Guy Régimbald*, pour l'intervenante l'Association des juges de la Cour canadienne de l'impôt.

Patrick J. Monahan et *Padraic Ryan*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

[1] LE JUGE WAGNER — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les motifs exposés par la Cour d'appel du Québec.

[2] Les appelants ne nous ont pas convaincus que la Cour d'appel a erré dans son interprétation de l'art. 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[3] The arguments based on *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, do not stand up to analysis. As the Court of Appeal mentioned in paras. 26-36 of its opinion, this appeal concerns different constitutional and statutory provisions, and the reasoning and conclusions from that reference do not apply to it.

[4] For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the appellant Rocco Galati: Rocco Galati Law Firm Professional Corp., Toronto.

Solicitor for the appellant the Constitutional Rights Centre Inc.: Slansky Law Professional Corp., Toronto.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Sébastien Grammond, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Grand Council of Cree (Eeyou Istchee) and the Cree Nation Government: O'Reilly & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Association of the Tax Court of Canada Judges: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

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

[3] Les arguments fondés sur le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, ne résistent pas à l'analyse. Comme la Cour d'appel l'a indiqué aux par. 26-36 de son avis, le présent pourvoi concerne des dispositions constitutionnelles et législatives différentes et le raisonnement et les conclusions de ce renvoi ne s'appliquent pas en l'espèce.

[4] Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureure de l'appelante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Procureur de l'appelant Rocco Galati : Rocco Galati Law Firm Professional Corp., Toronto.

Procureur de l'appelant le Centre de Droit Constitutionnel Inc. : Slansky Law Professional Corp., Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Sébastien Grammond, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Grand Conseil des Cris (Eeyou Istchee) et le Gouvernement de la Nation Crie : O'Reilly & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des juges de la Cour canadienne de l'impôt : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

White Burgess Langille Inman, carrying on business as WBLI Chartered Accountants and R. Brian Burgess *Appellants*

v.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, formerly Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. operating as T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited and Woodland Building Supplies Limited *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

White Burgess Langille Inman, faisant affaire sous la raison sociale WBLI Chartered Accountants et R. Brian Burgess *Appelants*

c.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, auparavant Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. faisant affaire sous la raison sociale T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited et Woodland Building Supplies Limited *Intimées*

et

Procureur général du Canada et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

Indexed as: White Burgess Langille Inman *v.* Abbott and Haliburton Co.

2015 SCC 23

File No.: 35492.

2014: October 7; 2015: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert's duty to court — How expert's duty relates to admissibility of expert's evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert's affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert's duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

The shareholders started a professional negligence action against the former auditors of their company after they had retained a different accounting firm, the Kentville office of GT, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the former auditors' work. The auditors brought a motion for summary judgment seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained M, a forensic accounting partner at the Halifax office of GT, to review all the relevant materials and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out M's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness.

The motions judge essentially agreed with the auditors and struck out M's affidavit in its entirety. The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding M's affidavit and allowed the appeal.

Répertorié : White Burgess Langille Inman *c.* Abbott and Haliburton Co.

2015 CSC 23

N° du greffe : 35492.

2014 : 7 octobre; 2015 : 30 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Normes fondamentales d'admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal — Rapport entre l'obligation de l'expert et l'admissibilité de son témoignage — Opinion d'une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l'exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l'affidavit de l'expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l'expert n'était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l'obligation de l'expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

Les actionnaires ont intenté une action pour négligence professionnelle contre les anciens vérificateurs de leur compagnie après avoir engagé un autre cabinet comptable, GT, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M, une associée en juricomptabilité du cabinet GT de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial.

Le juge des requêtes s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M et ont accueilli l'appel.

Held: The appeal should be dismissed.

The inquiry for determining the admissibility of expert opinion evidence is divided into two steps. At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four factors set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert). Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. At the second discretionary gatekeeping step, the trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence.

Expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation.

Concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill his or her duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. If the expert witness does not meet this threshold admissibility requirement, his or her evidence should not be admitted. Once this threshold is met, however, remaining concerns about an expert witness's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. Absent challenge, the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La démarche qui permet de déterminer l'admissibilité du témoignage d'opinion de l'expert est scindée en deux. Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en déterminant si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission.

L'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire.

C'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter. Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. S'il ne satisfait pas à ce critère d'admissibilité, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. En l'absence d'une

expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met. However, if a party opposing admissibility shows that there is a realistic concern that the expert is unable and/or unwilling to comply with his or her duty, the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility. Exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

In this case, there was no basis disclosed in the record to find that M's evidence should be excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. The majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that M was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **adopted:** *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; **referred to:** *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th)

contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte. Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'admission démontre un motif réaliste de croire que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation, il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité. La décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

En l'espèce, le dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de M devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. La majorité de la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêt adopté :** *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. c.*

396; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, rev'd [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley v. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, arts. 22, 235 [not yet in force].

Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 55.01(2), 55.04 (1)(a), (b), (c).

C. (M.), 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396; *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, inf. par [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. c. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Lois et règlements cités

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22, 235 [non en vigueur].

Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 5-37.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2(1)(*c*).
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), r. 5-37.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 53.03 (3)(g).
Rules of Court, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 11-2(1), (2).

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32. Eagan, Minn.: Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. Oxford: Oxford University Press, 2010.
Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada: Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
Michell, Paul, and Renu Mandhane. "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
Ontario. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (Osborne Report). Toronto: Ministry of Attorney General, 2007.
Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (Goudge Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Règles de procédure, Y.D. 2009/65, règle 34(23).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Règles de procédure civile (Nouvelle-Écosse), règles 55.01(2), 55.04(1)a), b), c).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.2 (1)*c*).
Rules of Civil Procedure (Île-du-Prince-Édouard), règle 53.03(3)(g).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règles 11-2(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24, Toronto, Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32, Eagan (Minn.), Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper, Oxford, Oxford University Press, 2010.
Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada : Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
Michell, Paul, and Renu Mandhane. « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (Rapport Kaufman), Toronto, Ministère du Procureur général, 1998.
Ontario. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (Rapport Osborne), Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.

Paciocco, David. "Taking a 'Goudge' out of Bluster and Blarney: an 'Evidence-Based Approach' to Expert Testimony" (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135.
Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2013.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969).
United Kingdom. *Access to Justice: Final Report* (Woolf Report). London: HMSO, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Oland and Beveridge JJ.A.), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), setting aside in part a decision of Pickup J., 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Appeal dismissed.

Alan D'Silva, *James Wilson* and *Aaron Kreaden*, for the appellants.

Jon Laxer and *Brian F. P. Murphy*, for the respondents.

Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Matthew Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Ontario. *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (Rapport Goudge), Toronto, Ministère du Procureur général, 2008.
Paciocco, David. « Taking a "Goudge" out of Bluster and Blarney : an "Evidence-Based Approach" to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135.
Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2013.
Royaume-Uni. *Access to Justice : Final Report* (Woolf Report), London, HMSO, 1996.
Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, Inc., 1969).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Beveridge), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Pickup, 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Alan D'Silva, *James Wilson* et *Aaron Kreaden*, pour les appelants.

Jon Laxer et *Brian F. P. Murphy*, pour les intimées.

Michael H. Morris, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Matthew Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction and Issues

[1] Expert opinion evidence can be a key element in the search for truth, but it may also pose special dangers. To guard against them, the Court over the last 20 years or so has progressively tightened the rules of admissibility and enhanced the trial judge's gatekeeping role. These developments seek to ensure that expert opinion evidence meets certain basic standards before it is admitted. The question on this appeal is whether one of these basic standards for admissibility should relate to the proposed expert's independence and impartiality. In my view, it should.

[2] Expert witnesses have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance. A proposed expert witness who is unable or unwilling to comply with this duty is not qualified to give expert opinion evidence and should not be permitted to do so. Less fundamental concerns about an expert's independence and impartiality should be taken into account in the broader, overall weighing of the costs and benefits of receiving the evidence.

[3] Applying these principles, I agree with the conclusion reached by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal and would therefore dismiss this appeal with costs.

II. Overview of the Facts and Judicial History

A. *Facts and Proceedings*

[4] The appeal arises out of a professional negligence action by the respondents (who I will call the shareholders) against the appellants, the former auditors of their company (I will refer to them as the auditors). The shareholders started the action after they had retained a different accounting firm, the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction et questions en litige

[1] Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales. La question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert que l'on se propose de citer comme témoin devraient compter au nombre de ces normes fondamentales d'admissibilité. À mon avis elles devraient l'être.

[2] Le témoin expert a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. La personne que l'on se propose de citer à ce titre, mais qui ne peut ou ne veut se conformer à cette obligation, n'a pas la qualification pour témoigner à titre d'expert et ne devrait pas y être autorisée. Des réserves moins fondamentales quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert devraient jouer dans l'analyse globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage.

[3] Appliquant ces principes, je partage la conclusion à laquelle sont parvenus les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et suis d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

II. Rappel des faits et historique judiciaire

A. *Les faits et la procédure*

[4] Le présent pourvoi découle d'une action pour négligence professionnelle intentée par les intimées (ci-après « les actionnaires ») contre les appelants, les anciens vérificateurs de leur compagnie (ci-après « les vérificateurs »). Les actionnaires ont intenté cette poursuite après avoir engagé un autre cabinet

Kentville office of Grant Thornton LLP, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the auditors' previous work. The central allegation in the action is that the auditors' failure to apply generally accepted auditing and accounting standards while carrying out their functions caused financial loss to the shareholders. The main question in the action boils down to whether the auditors were negligent in the performance of their professional duties.

[5] The auditors brought a motion for summary judgment in August of 2010, seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained Susan MacMillan, a forensic accounting partner at the Halifax office of Grant Thornton, to review all the relevant materials, including the documents filed in the action, and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out Ms. MacMillan's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness. They argued that the action comes down to a battle of opinion between two accounting firms — the auditors' and the expert witness's. Ms. MacMillan's firm could be exposed to liability if its approach was not accepted by the court and, as a partner, Ms. MacMillan could be personally liable. Her potential liability if her opinion were not accepted gives her a personal financial interest in the outcome of the litigations and this, in the auditors' submission, ought to disqualify her from testifying.

[6] The proceedings since have been neither summary nor resulted in a judgment. Instead, the litigation has been focused on the expert evidence issue; the summary judgment application has not yet been heard on its merits.

comptable, Grant Thornton srl, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les actionnaires reprochent essentiellement aux vérificateurs de ne pas avoir appliqué les normes de vérification et comptables généralement reconnues et de leur avoir ainsi causé une perte. La principale question dans le cadre de l'action est de savoir si les vérificateurs ont fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions.

[5] En août 2010, les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M^me^ Susan MacMillan, une associée en juricomptabilité du cabinet Grant Thornton de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents, notamment ceux déposés dans le cadre de l'action, et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M^me^ MacMillan au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial. Ils ont fait valoir que l'action se résumait à une bataille d'opinions entre deux cabinets comptables, en l'occurrence celui des vérificateurs et celui du témoin expert. Le cabinet de M^me^ MacMillan pourrait être tenu responsable si sa démarche n'était pas acceptée par le tribunal et, en tant qu'associée, M^me^ MacMillan pourrait être tenue personnellement responsable. Sa responsabilité potentielle — si son opinion n'était pas acceptée — se traduit par un intérêt financier personnel dans le règlement du litige; or, de l'avis des vérificateurs, cela devrait suffire à la rendre inhabile à témoigner.

[6] Depuis, l'instance a été tout sauf sommaire et ne s'est toujours pas soldée par un jugement. Le litige a plutôt porté sur la question du témoignage de l'expert; la requête en jugement sommaire n'a pas encore été entendue sur le fond.

B. *Judgments Below*

(1) Nova Scotia Supreme Court: 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (Pickup J.)

[7] Pickup J. essentially agreed with the auditors and struck out the MacMillan affidavit in its entirety: para. 106. He found that, in order to be admissible, an expert's evidence "must be, and be seen to be, independent and impartial": para. 99. Applying that test, he concluded that this was one of those "clearest of cases where the reliability of the expert . . . does not meet the threshold requirements for admissibility": para. 101.

(2) Nova Scotia Court of Appeal: 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (Beveridge J.A., Oland J.A. Concurring; MacDonald C.J.N.S. Dissenting)

[8] The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding Ms. MacMillan's affidavit. Beveridge J.A. wrote that while the court has discretion to exclude expert evidence due to actual bias or partiality, the test adopted by the motions judge — that an expert "must be, and be seen to be, independent and impartial" — was wrong in law. He ought not to have ruled her evidence inadmissible and struck out her affidavit.

[9] MacDonald C.J.N.S., dissenting, would have upheld the motions judge's decision because he had properly articulated and applied the relevant legal principles.

III. Analysis

A. *Overview*

[10] In my view, expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. If they do not meet this threshold requirement, their evidence should not be admitted. Once this threshold is met,

B. *Les juridictions inférieures*

(1) Cour suprême de la Nouvelle-Écosse : 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (le juge Pickup)

[7] Le juge Pickup s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M[me] MacMillan (par. 106). Il était d'avis que, pour être admissible, le témoignage de l'expert [TRADUCTION] « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel » (par. 99) et, partant, a conclu qu'il s'agissait de l'un des « cas les plus évidents où la fiabilité de l'expert [. . .] ne satisfait pas aux critères d'admissibilité » (par. 101).

(2) Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse : 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (le juge Beveridge, avec l'appui de la juge Oland; le juge en chef MacDonald est dissident)

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M[me] MacMillan. Le juge Beveridge a écrit que, si le tribunal peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, écarter le témoignage de l'expert pour cause de partialité réelle, le critère retenu par le juge des requêtes, en l'occurrence que l'expert « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel », était mal fondé en droit. Il n'aurait pas dû déclarer inadmissible le témoignage de M[me] MacMillan ni radier son affidavit.

[9] Le juge en chef MacDonald, dissident, était d'avis de confirmer la décision du juge des requêtes, parce que ce dernier avait selon lui exposé et appliqué correctement les principes juridiques pertinents.

III. Analyse

A. *Aperçu*

[10] Selon moi, l'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. S'il ne satisfait pas à ce critère, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait,

however, concerns about an expert witness's independence or impartiality should be considered as part of the overall weighing of the costs and benefits of admitting the evidence. This common law approach is, of course, subject to statutory and related provisions which may establish different rules of admissibility.

B. *Expert Witness Independence and Impartiality*

[11] There have been long-standing concerns about whether expert witnesses hired by the parties are impartial in the sense that they are expressing their own unbiased professional opinion and whether they are independent in the sense that their opinion is the product of their own, independent conclusions based on their own knowledge and judgment: see, e.g., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 783. As Sir George Jessel, M.R., put it in the 1870s, "[u]ndoubtedly there is a natural bias to do something serviceable for those who employ you and adequately remunerate you. It is very natural, and it is so effectual, that we constantly see persons, instead of considering themselves witnesses, rather consider themselves as the paid agents of the person who employs them": *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, at p. 374.

[12] Recent experience has only exacerbated these concerns; we are now all too aware that an expert's lack of independence and impartiality can result in egregious miscarriages of justice: *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 52. As observed by Beveridge J.A. in this case, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) authored by the Honourable Fred Kaufman and the *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) conducted by the Honourable Stephen T. Goudge provide two striking examples where "[s]eemingly solid and impartial, but flawed, forensic scientific opinion has played a prominent role in miscarriages of justice": para. 105. Other reports outline the critical need for impartial and independent expert evidence in civil litigation: *ibid.*, at para. 106; see the Right

les réserves quant à l'indépendance ou à l'impartialité du témoin expert devraient être examinées dans l'évaluation globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage. Cette démarche issue de la common law cède le pas bien sûr aux dispositions législatives et connexes établissant dans certains cas des règles d'admissibilité différentes.

B. *Impartialité et indépendance du témoin expert*

[11] Les préoccupations quant à savoir si les témoins experts retenus par les parties sont impartiaux — c'est-à-dire s'ils expriment leur opinion professionnelle sans parti pris — et indépendants — c'est-à-dire si leur opinion est le fruit des conclusions auxquelles ils sont parvenus de façon indépendante en se fondant sur leurs propres connaissances et jugement — ne datent pas d'hier (voir, p. ex., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3e éd. 2014), p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4e éd. 2014), p. 783). Comme le soulignait Sir George Jessel, maître des rôles, dans les années 1870, [TRADUCTION] « [i]l existe indubitablement une tendance naturelle à faire quelque chose d'utile pour celui qui nous emploie et nous rémunère bien. C'est tout à fait naturel et si infaillible que nous voyons constamment des personnes qui se considèrent, non pas comme des témoins, mais comme les mandataires rémunérés de la personne qui les emploie » (*Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, p. 374).

[12] L'expérience récente n'a fait qu'aviver ces préoccupations; nous savons que trop bien que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert peut donner lieu à de très graves erreurs judiciaires (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 52). Comme l'a souligné le juge Beveridge dans la présente affaire, la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), rédigé par l'honorable Fred Kaufman, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (2008), de l'honorable Stephen T. Goudge, donnent deux exemples concrets de cas où [TRADUCTION] « [l]'opinion apparemment solide et impartiale, mais erronée, d'un scientifique expert a joué un rôle de premier plan dans des erreurs judiciaires » (par. 105). D'autres rapports mettent en évidence la nécessité cruciale que l'expert

Honourable Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report* (1996); the Honourable Coulter A. Osborne, *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (2007).

[13] To decide how our law of evidence should best respond to these concerns, we must confront several questions: Should concerns about potentially biased expert opinion go to admissibility or only to weight?; If to admissibility, should these concerns be addressed by a threshold requirement for admissibility, by a judicial discretion to exclude, or both?; At what point do these concerns justify exclusion of the evidence?; And finally, how is our response to these concerns integrated into the existing legal framework governing the admissibility of expert opinion evidence? To answer these questions, we must first consider the existing legal framework governing admissibility, identify the duties that an expert witness has to the court and then turn to how those duties are best reflected in that legal framework.

C. *The Legal Framework*

(1) The Exclusionary Rule for Opinion Evidence

[14] To the modern general rule that all relevant evidence is admissible there are many qualifications. One of them relates to opinion evidence, which is the subject of a complicated exclusionary rule. Witnesses are to testify as to the facts which they perceived, not as to the inferences — that is, the opinions — that they drew from them. As one great evidence scholar put it long ago, it is "for the jury to form opinions, and draw inferences and conclusions, and not for the witness": J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; reprinted 1969), at p. 524; see also C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at p. 530. While various rationales have been offered for this exclusionary rule, the most convincing is probably that these ready-formed inferences are not helpful to the trier of fact and might even be misleading: see, e.g., *Graat v. The Queen*, [1982] 2

soit impartial et indépendant dans les procès civils (*ibid.*, par. 106; voir le très honorable lord Woolf, *Access to Justice : Final Report* (1996); l'honorable Coulter A. Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (2007)).

[13] Pour déterminer la meilleure solution en droit de la preuve à ces préoccupations, il nous faut nous poser plusieurs questions. Est-ce que les réserves au sujet du parti pris possible d'un expert jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage ou seulement de la valeur probante de ce dernier? Dans le premier cas, devrait-on y répondre par un critère d'admissibilité, par un pouvoir discrétionnaire permettant d'écarter la preuve ou les deux? Quand justifient-elles que soit exclu un témoignage? Enfin, comment la solution s'inscrit-elle dans le cadre juridique actuel régissant l'admissibilité des témoignages d'experts? Pour répondre à ces questions, nous devons d'abord nous pencher sur ce cadre juridique, circonscrire les obligations du témoin envers le tribunal, puis voir comment ces dernières s'intègrent le mieux dans le cadre juridique.

C. *Le cadre juridique*

(1) La règle d'exclusion des témoignages d'opinion

[14] La règle générale moderne selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. L'une d'elles a trait au témoignage d'opinion, lequel fait l'objet d'une règle d'exclusion complexe. La déposition des témoins doit relater les faits qu'ils ont perçus, et non présenter les inférences, ou opinions, qu'ils en tirent. Comme l'a dit il y a longtemps un éminent spécialiste de la preuve, [TRADUCTION] « c'est au jury de se faire une opinion et de tirer des inférences et des conclusions, pas au témoin » (J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; réimprimé 1969), p. 524; voir également C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12e éd. 2010), p. 530). Même si plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cette règle d'exclusion, la plus convaincante est probablement celle selon laquelle ces inférences toutes faites ne sont

S.C.R. 819, at p. 836; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-137 "General rule against opinion evidence".

[15] Not all opinion evidence is excluded, however. Most relevant for this case is the exception for expert opinion evidence on matters requiring specialized knowledge. As Prof. Tapper put it, "the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily equipped to draw true inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion about such matters, provided he is expert in them": p. 530; see also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42.

(2) The Current Legal Framework for Expert Opinion Evidence

[16] Since at least the mid-1990s, the Court has responded to a number of concerns about the impact on the litigation process of expert evidence of dubious value. The jurisprudence has clarified and tightened the threshold requirements for admissibility, added new requirements in order to assure reliability, particularly of novel scientific evidence, and emphasized the important role that judges should play as "gatekeepers" to screen out proposed evidence whose value does not justify the risk of confusion, time and expense that may result from its admission.

[17] We can take as the starting point for these developments the Court's decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. That case described the potential dangers of expert evidence and established a four-part threshold test for admissibility. The dangers are well known. One is that the trier of fact will inappropriately defer to the expert's opinion rather

pas utiles au juge des faits et peuvent même l'induire en erreur (voir, p. ex., *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 836; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-137 « General rule against opinion evidence »).

[15] Cependant, ce ne sont pas tous les témoignages d'opinion qui sont exclus. L'exception qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent pourvoi est celle qui s'applique au témoignage d'opinion d'un expert sur des questions qui exigent des connaissances spécialisées. Pour reprendre les propos du professeur Tapper, [TRADUCTION] « le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d'après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu'il soit un expert en la matière » (p. 530; voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42).

(2) Le cadre juridique actuel régissant le témoignage d'opinion d'un expert

[16] Depuis au moins le milieu des années 1990, la Cour a répondu à nombre de préoccupations concernant l'incidence d'une preuve d'expert d'une valeur douteuse sur le déroulement de l'instance. La jurisprudence a clarifié et resserré les critères d'admissibilité, établi de nouvelles exigences de fiabilité, notamment en ce qui concerne la preuve issue de sciences nouvelles, et renforcé l'important rôle de « gardien » du juge qui consiste à écarter d'emblée les témoignages dont la valeur ne justifie pas la confusion, la lenteur et les frais que leur admission risque de causer.

[17] Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l'affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d'expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l'admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits

than carefully evaluate it. As Sopinka J. observed in *Mohan*:

> There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

(See also *D.D.*, at para. 53; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 25-26; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.)

[18] The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury "will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence": *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its "informed judgment", not simply decide on the basis of an "act of faith" in the expert's opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of "attornment to the opinion of the expert" is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert's reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting "junk science" (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a "contest of experts" distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76.

[19] To address these dangers, *Mohan* established a basic structure for the law relating to the admissibility

s'en remette inconsidérément à l'opinion de l'expert au lieu de l'évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l'arrêt *Mohan* :

> La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. [p. 21]

(Voir également *D.D.*, par. 53; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25-26; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46.)

[18] Il s'agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d'y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v). Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d'un « acte de confiance » à l'égard de l'opinion de l'expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s'en remettre à l'opinion de l'expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d'expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d'autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d'une opinion d'expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d'admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu'un « concours d'experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l'aider (*Mohan*, p. 24). Un autre danger bien connu associé à l'admission de la preuve d'expert est le fait qu'elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76).

[19] Pour parer à ces dangers, la Cour dans l'arrêt *Mohan* a établi une structure de base à deux volets

of expert opinion evidence. That structure has two main components. First, there are four threshold requirements that the proponent of the evidence must establish in order for proposed expert opinion evidence to be admissible: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert (*Mohan*, at pp. 20-25; see also *Sekhon*, at para. 43). *Mohan* also underlined the important role of trial judges in assessing whether otherwise admissible expert evidence should be excluded because its probative value was overborne by its prejudicial effect — a residual discretion to exclude evidence based on a cost-benefit analysis: p. 21. This is the second component, which the subsequent jurisprudence has further emphasized: Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 789-90; *J.-L.J.*, at para. 28.

[20] *Mohan* and the jurisprudence since, however, have not explicitly addressed how this "cost-benefit" component fits into the overall analysis. The reasons in *Mohan* engaged in a cost-benefit analysis with respect to particular elements of the four threshold requirements, but they also noted that the cost-benefit analysis could be an aspect of exercising the overall discretion to exclude evidence whose probative value does not justify its admission in light of its potentially prejudicial effects: p. 21. The jurisprudence since *Mohan* has also focused on particular aspects of expert opinion evidence, but again without always being explicit about where additional concerns fit into the analysis. The unmistakable overall trend of the jurisprudence, however, has been to tighten the admissibility requirements and to enhance the judge's gatekeeping role.

[21] So, for example, the necessity threshold criterion was emphasized in cases such as *D.D.* The majority underlined that the necessity requirement exists "to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated" and that "[m]ere relevance or 'helpfulness' is not enough": para. 46. Other cases have addressed the reliability of the science underlying an opinion and indeed technical evidence in general: *J.-L.J.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239. The question remains, however, as to where the cost-benefit analysis

définissant les règles d'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert. En premier lieu, celui qui cherche à faire admettre une preuve d'opinion émanant d'un expert doit démontrer qu'elle satisfait à quatre critères : (1) la pertinence; (2) la nécessité d'aider le juge des faits; (3) l'absence de toute règle d'exclusion; (4) la qualification suffisante de l'expert (*Mohan*, p. 20-25; voir également *Sekhon*, par. 43). L'arrêt *Mohan* insiste par ailleurs sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d'expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable — un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant d'exclure une preuve à l'issue d'une analyse coût-bénéfices (p. 21). Il s'agit du second volet de la structure, mis en évidence par la jurisprudence ultérieure (Lederman, Bryant et Fuerst, p. 789-790; *J.-L.J.*, par. 28).

[20] L'arrêt *Mohan* et la jurisprudence ultérieure ne précisent toutefois pas comment cette analyse « du coût et des bénéfices » s'inscrit dans l'analyse globale. La Cour dans cet arrêt procède à l'analyse coût-bénéfices relativement à certains des quatre critères, mais elle fait aussi observer qu'une telle analyse peut relever de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire général qui permet d'exclure une preuve dont la valeur probante ne justifie pas son admission, compte tenu de ses effets potentiellement préjudiciables (p. 21). Depuis l'arrêt *Mohan*, la jurisprudence s'est également intéressée à des aspects particuliers du témoignage d'opinion d'un expert, mais souvent sans expliciter la place qu'occupent ces autres préoccupations dans l'analyse. Cependant, la jurisprudence, dans son ensemble, tend indubitablement à resserrer les critères d'admissibilité et à renforcer le rôle de gardien du juge.

[21] Par exemple, le critère de nécessité a été mis en évidence dans des décisions telles que *D.D.* La majorité y souligne que l'exigence de nécessité « vise à ce que les dangers liés à la preuve d'expert ne soient pas traités à la légère », ajoutant que « [l]a simple pertinence ou "utilité" ne suffit pas » (par. 46). D'autres décisions ont abordé la fiabilité des principes scientifiques à la base d'une opinion et, en fait, des éléments de preuve techniques en général (*J.-L.J.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Toutefois, on ne sait toujours pas où exactement,

and concerns such as those about reliability fit into the overall analysis.

[22] *Abbey* (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

[23] At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J.-L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

[24] At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the "reliability versus effect factor" (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about "relevance, reliability and necessity" being "measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion": para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the "trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence": para. 76.

dans l'analyse globale, s'inscrivent l'analyse coût-bénéfices et les préoccupations comme celles relatives à la fiabilité.

[22] L'arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d'avis de l'adopter, à peu de choses près.

[23] Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. De plus, dans le cas d'une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 788-789 et 800-801). Le critère de la pertinence, à ce stade, s'entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu'à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7e éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72).

[24] Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en soupesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l'admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l'arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l'arrêt *Abbey*, lorsqu'il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

[25] With this delineation of the analytical framework, we can turn to the nature of an expert's duty to the court and where it fits into that framework.

D. *The Expert's Duty to the Court or Tribunal*

[26] There is little controversy about the broad outlines of the expert witness's duty to the court. As Anderson writes, "[t]he duty to provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion has been stated many times by common law courts around the world": p. 227. I would add that a similar duty exists in the civil law of Quebec: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 468; D. Béchard, with the collaboration of J. Béchard, *L'expert* (2011), c. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, art. 22 (not yet in force); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), at pp. 14 and 121.

[27] One influential statement of the elements of this duty are found in the English case *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.). Following an 87-day trial, Cresswell J. believed that a misunderstanding of the duties and responsibilities of expert witnesses contributed to the length of the trial. He listed in *obiter dictum* duties and responsibilities of experts, the first two of which have particularly influenced the development of Canadian law:

1. Expert evidence presented to the Court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation . . . .

2. An expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his [or her] expertise . . . . An expert witness in the High Court should

[25] Le cadre analytique ainsi délimité, penchons-nous sur la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal et voyons comment elle s'inscrit dans ce cadre.

D. *L'obligation de l'expert envers le tribunal*

[26] Les grandes lignes de l'obligation du témoin expert envers le tribunal sont peu contestées. Comme Anderson l'écrit : [TRADUCTION] « L'obligation de fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris a été énoncée à de nombreuses reprises par les tribunaux de common law un peu partout dans le monde » (p. 227). J'ajouterais qu'une obligation semblable existe en droit civil québécois (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), par. 468; D. Béchard, avec la collaboration de J. Béchard, *L'expert* (2011), c. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non en vigueur); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), p. 14 et 121).

[27] On trouve dans l'arrêt anglais *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.), un énoncé des éléments de cette obligation qui fait autorité. Au terme d'un procès de 87 jours, le juge Cresswell a conclu qu'une méconnaissance des obligations et responsabilités des témoins experts avait contribué à prolonger le procès. Il a dressé, dans une remarque incidente, une liste des obligations et responsabilités des experts, dont les deux premiers points ont particulièrement influencé l'évolution du droit canadien :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage de l'expert présenté à la Cour devrait être le produit indépendant de l'expert n'ayant subi quant à la forme ou au fond aucune influence dictée par les exigences du litige et être perçu comme tel . . .

2. Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris sur des questions relevant de son champ d'expertise [. . .] La personne qui témoigne

never assume the role of an advocate. [Emphasis added; citation omitted; p. 81.]

(These duties were endorsed on appeal: [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), at p. 496.)

[28] Many provinces and territories have provided explicit guidance related to the duty of expert witnesses. In Nova Scotia, for example, the *Civil Procedure Rules* require that an expert's report be signed by the expert who must make (among others) the following representations to the court: that the expert is providing an objective opinion for the assistance of the court; that the expert is prepared to apply independent judgment when assisting the court; and that the report includes everything the expert regards as relevant to the expressed opinion and draws attention to anything that could reasonably lead to a different conclusion (r. 55.04(1)(a), (b) and (c)). While these requirements do not affect the rules of evidence by which expert opinion is determined to be admissible or inadmissible, they provide a convenient summary of a fairly broadly shared sense of the duties of an expert witness to the court.

[29] There are similar descriptions of the expert's duty in the civil procedure rules in other Canadian jurisdictions: Anderson, at p. 227; *The Queen's Bench Rules* (Saskatchewan), r. 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 11-2(1); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 4.1.01(1); *Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23); *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, art. 22. Moreover, the rules in Saskatchewan, British Columbia, Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Quebec and the Federal Courts require experts to certify that they are aware of and will comply with their duty to the court: Anderson, at p. 228; Saskatchewan *Queen's Bench Rules*, r. 5-37(3); British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, r. 11-2(2); Ontario *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(2.1); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, r. 55.04(1)(a); Prince Edward Island *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(3)(g); *An Act to establish the new Code of*

comme expert devant la Haute Cour ne doit jamais s'arroger le rôle de défenseur. [Je souligne; référence omise; p. 81.]

(La Cour d'appel a confirmé ces obligations ([1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), p. 496).)

[28] Plusieurs provinces et territoires ont des directives expresses en ce qui concerne l'obligation du témoin expert. En Nouvelle-Écosse, par exemple, les *Règles de procédure civile* prévoient que le rapport d'expert, signé par ce dernier, déclare notamment qu'il fournit une opinion objective pour prêter assistance à la cour; qu'il est disposé à se former un jugement indépendant dans l'assistance qu'il prête à la cour; que son rapport comprend tout ce qu'il considère comme pertinent par rapport à l'opinion exprimée et attire l'attention sur tout ce qui pourrait mener raisonnablement à une conclusion différente (al. 55.04(1)a), b) et c)). Même si ces exigences n'ont aucune incidence sur les règles de preuve sur l'admissibilité d'une opinion d'expert, elles résument bien la conception assez largement partagée de l'obligation d'un témoin expert envers le tribunal.

[29] L'obligation de l'expert est définie de façon similaire dans les règles de procédure civile d'autres provinces et territoires du Canada (Anderson, p. 227; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, règle 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 11-2(1); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 4.1.01(1); *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, par. 34(23); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 22). De plus, les règles de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Québec et des Cours fédérales en la matière exigent que les experts certifient qu'ils sont informés de leur obligation envers le tribunal et s'en acquitteront (Anderson, p. 228; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, par. 5-37(3); *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, par. 11-2(2); *Règles de procédure civile* de l'Ontario,

Civil Procedure, art. 235 (not yet in force); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 52.2(1)(*c*).

par. 53.03(2.1); *Règles de procédure civile* de la Nouvelle-Écosse, al. 55.04(1)a); *Rules of Civil Procedure* de l'Île-du-Prince-Édouard, al. 53.03(3)(g); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 235 (non en vigueur); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, al. 52.2(1)*c*)).

[30] The formulation in the Ontario *Rules of Civil Procedure* is perhaps the most succinct and complete statement of the expert's duty to the court: to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan (r. 4.1.01(1)(a)). The *Rules* are also explicit that this duty to the court prevails over any obligation owed by the expert to a party: r. 4.1.01(2). Likewise, the newly adopted *Act to establish the new Code of Civil Procedure* of Quebec explicitly provides, as a guiding principle, that the expert's duty to the court overrides the parties' interests, and that the expert must fulfill his or her primary duty to the court "objectively, impartially and thoroughly": art. 22; Chamberland, at pp. 14 and 121.

[30] Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario énoncent sans doute le plus succinctement et complètement l'obligation de l'expert envers le tribunal, en l'occurrence celle de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial (al. 4.1.01(1)a)). Les *Règles* prévoient également expressément que cette obligation l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé (par. 4.1.01(2)). De même, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* du Québec prévoit expressément, parmi ses principes directeurs, que la mission première de l'expert envers le tribunal prime les intérêts des parties et qu'il doit l'accomplir « avec objectivité, impartialité et rigueur » (art. 22; Chamberland, p. 14 et 121).

[31] Many of the relevant rules of court simply reflect the duty that an expert witness owes to the court at common law: Anderson, at p. 227. In my opinion, this is true of the Nova Scotia rules that apply in this case. Of course, it is always open to each jurisdiction to impose different rules of admissibility, but in the absence of a clear indication to that effect, the common law rules apply in common law cases. I note that in Nova Scotia, the *Civil Procedure Rules* explicitly provide that they do not change the rules of evidence by which the admissibility of expert opinion evidence is determined: r. 55.01(2).

[31] Bon nombre de règles de procédure ne font que reprendre l'obligation à laquelle le témoin expert est tenu envers le tribunal en common law (Anderson, p. 227). À mon avis, c'est le cas des *Règles* de la Nouvelle-Écosse en la matière. Bien sûr, il est loisible à chaque province ou territoire d'établir des règles d'admissibilité différentes, mais à défaut d'indication claire en ce sens, ce sont les règles de la common law qui s'appliquent dans les affaires de common law. Je souligne qu'en Nouvelle-Écosse, les *Règles de procédure civile* disposent expressément qu'elles n'ont aucune incidence sur les règles de preuve servant à déterminer si l'opinion d'expert est admissible (par. 55.01(2)).

[32] Underlying the various formulations of the duty are three related concepts: impartiality, independence and absence of bias. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's

[32] Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas

position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her: P. Michell and R. Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, at pp. 638-39. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation. Experts are generally retained, instructed and paid by one of the adversaries. These facts alone do not undermine the expert's independence, impartiality and freedom from bias.

favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services (P. Michell et R. Mandhane, « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev*. 635, p. 638-639). Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.

E. *The Expert's Duties and Admissibility*

[33] As we have seen, there is a broad consensus about the nature of an expert's duty to the court. There is no such consensus, however, about how that duty relates to the admissibility of an expert's evidence. There are two main questions: Should the elements of this duty go to admissibility of the evidence rather than simply to its weight?; And, if so, is there a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality?

[34] In this section, I will explain my view that the answer to both questions is yes: a proposed expert's independence and impartiality go to admissibility and not simply to weight and there is a threshold admissibility requirement in relation to this duty. Once that threshold is met, remaining concerns about the expert's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

(1) Admissibility or Only Weight?

(a) *The Canadian Law*

[35] The weight of authority strongly supports the conclusion that at a certain point, expert evidence should be ruled inadmissible due to the expert's lack of impartiality and/or independence.

E. *Les obligations de l'expert et l'admissibilité de son témoignage*

[33] Comme nous l'avons vu, il existe un large consensus quant à la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal. Il n'en va toutefois pas de même du rapport entre cette obligation et l'admissibilité du témoignage de l'expert. Deux questions importantes se posent : les éléments de l'obligation de l'expert jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci et, dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

[34] Dans la présente section, j'explique pourquoi je réponds par l'affirmative à ces deux questions : l'indépendance et l'impartialité de l'expert proposé jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci, et l'obligation de l'expert constitue un critère d'admissibilité. Une fois qu'il est satisfait à ce critère, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

(1) Admissibilité ou valeur probante?

a) *Le droit canadien*

[35] La jurisprudence dominante appuie solidement la conclusion qu'il convient, à un certain point, de juger inadmissible le témoignage de l'expert qui fait preuve d'un manque d'indépendance ou d'impartialité.

[36] Our Court has confirmed this position in a recent decision that was not available to the courts below:

> It is well established that an expert's opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchard, with the collaboration of J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert's opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily "disqualify" the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert's lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, at pp. 598-99).
>
> (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 106)

[37] I will refer to a number of other cases that support this view. I do so by way of illustration and without commenting on the outcome of particular cases. An expert's interest in the litigation or relationship to the parties has led to exclusion in a number of cases: see, e.g., *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Gen. Div.) (proposed expert was the defendant's lawyer in related matters and had investigated from the outset of his retainer the matter of a potential negligence claim against the plaintiff); *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (S.C.J.) (expert was the party's lawyer in related U.S. proceedings); *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (expert was the defence counsel's father); *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394 (expert was also a party to the litigation); *Handley v. Punnett*,

[36] La Cour vient de confirmer cette position dans un arrêt dont ne disposaient pas les juridictions inférieures :

> Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), no 468; D. Béchard, avec la collaboration de J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l'admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4e éd. 2010), nos 590-591 et 605). Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, p. 598-599).
>
> (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 106)

[37] Je renvoie à plusieurs autres affaires pour étayer mon opinion. Je procède ainsi pour illustrer mon propos, sans émettre d'avis sur l'issue des affaires en question. Dans certaines, l'intérêt de l'expert dans le procès ou ses liens avec l'une des parties ont mené à l'exclusion (voir, p. ex., *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Div. gén.) (l'expert proposé était l'avocat de la défenderesse dans une affaire connexe et, dès le début de son mandat, il avait monté un dossier en vue d'une poursuite pour négligence contre la demanderesse); *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (C.S.J.) (l'expert était l'avocat d'une des parties dans une instance connexe introduite aux États-Unis); *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (l'expert était le père de l'avocat de la défense); *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC

2003 BCSC 294 (expert was also a party to the litigation); *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (S.C.J.) (expert was effectively a "co-venturer" in the case due in part to the fact that 40 percent of his remuneration was contingent upon success at trial: para. 7); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (expert's retainer agreement was inappropriate); *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (expert stood to incur liability depending on the result of the trial). In other cases, the expert's stance or behaviour as an advocate has justified exclusion: see, e.g., *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19.

[38] Many other cases have accepted, in principle, that lack of independence or impartiality can lead to exclusion, but have ruled that the expert evidence did not warrant rejection on the particular facts: see, e.g., *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (S.C.J.). This was the position of the Court of Appeal in this case: para. 109; see also para. 121.

[39] Some Canadian courts, however, have treated these matters as going exclusively to weight rather than to admissibility. The most often cited cases for this proposition are probably *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, and *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. *Klassen* holds as admissible any expert evidence meeting the criteria from *Mohan*, with bias only becoming a factor as to the weight to be given to the evidence: see also *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920. Similarly, the court in *Gallant* determined that a challenge to expert evidence that is based on the expert having a connection to a party or an issue in the case

315, 293 N.S.R. (2d) 394 (l'expert était également partie au litige); *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294 (l'expert était également partie au litige); *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (C.S.J.) (l'expert était effectivement « coentrepreneur » dans cette affaire, notamment en raison du fait que 40 p. 100 de sa rémunération dépendait de l'issue favorable du procès (par. 7)); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (les termes du mandat de l'expert étaient discutables); *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (la responsabilité de l'expert risquait d'être engagée, selon l'issue du procès)). Dans d'autres affaires, l'attitude ou le comportement de l'expert, qui s'était fait le défenseur d'une partie, a justifié l'exclusion (voir, p. ex., *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19).

[38] Dans un grand nombre d'autres affaires, les tribunaux, tout en acceptant en principe qu'un manque d'indépendance ou d'impartialité pouvait mener à l'exclusion du témoignage de l'expert, ont néanmoins estimé qu'il n'y avait pas lieu d'écarter ce témoignage eu égard aux faits particuliers de l'espèce (voir, p. ex., *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (C.S.J.)). C'est le point de vue qu'a adopté la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe (par. 109; voir également par. 121).

[39] Toutefois, certains tribunaux canadiens étaient d'avis que ces questions jouaient exclusivement au regard de la valeur de la preuve, et non au regard de son admissibilité. Les décisions les plus souvent citées à cet égard sont sans doute *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, et *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. Dans la première, le tribunal a déclaré admissible tout témoignage d'expert qui satisfaisait aux critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* et précisé que le parti pris n'entrait en jeu que lorsqu'il s'agissait de déterminer la valeur probante du témoignage de l'expert (voir également

or a possible predetermined position on the case cannot take place at the admissibility stage: para. 89.

[40] I conclude that the dominant approach in Canadian common law is to treat independence and impartiality as bearing not just on the weight but also on the admissibility of the evidence. I note that while the shareholders submit that issues regarding expert independence should go only to weight, they rely on cases such as *INCO* that specifically accept that a finding of lack of independence or impartiality can lead to inadmissibility in certain circumstances: R.F., at paras. 52-53.

(b) *Other Jurisdictions*

[41] Outside Canada, the concerns related to independence and impartiality have been addressed in a number of ways. Some are similar to the approach in Canadian law.

[42] For example, summarizing the applicable principles in British law, Nelson J. in *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), underlined that when an expert has an interest or connection with the litigation or a party thereto, exclusion will be warranted if it is determined that the expert is unwilling or unable to carry out his or her primary duty to the court: see also H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at pp. 1158-59. The mere fact of an interest or connection will not disqualify, but it nonetheless may do so in light of the nature and extent of the interest or connection in particular circumstances. As Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., put it in a leading case, "[i]t is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence": *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003]

R. c. Violette, 2008 BCSC 920). De même, dans la deuxième, la cour a statué que la contestation du témoignage de l'expert fondée sur l'existence d'un rapport entre ce dernier et l'une des parties ou une question en litige ou sur une préconception de sa part ne pouvait être formulée à l'étape de l'admissibilité (par. 89).

[40] Je conclus que selon la conception prédominante en common law canadienne, l'indépendance et l'impartialité ont une incidence non seulement sur la valeur de la preuve, mais aussi sur son admissibilité. Je signale que, même s'ils soutiennent que les questions concernant l'indépendance de l'expert ne devraient jouer qu'au regard de la valeur probante, les actionnaires invoquent des affaires comme *INCO*, dans laquelle le tribunal reconnaît expressément qu'une conclusion quant au manque d'indépendance ou d'impartialité peut entraîner l'inadmissibilité dans certaines circonstances (m.i., par. 52-53).

b) *Ailleurs dans le monde*

[41] À l'extérieur du Canada, les questions d'indépendance et d'impartialité ont été abordées de diverses façons, dont certaines s'apparentent à la démarche canadienne.

[42] Par exemple, résumant les principes applicables en droit britannique, le juge Nelson, dans l'arrêt *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), a souligné que lorsque l'expert a un intérêt dans un litige ou un rapport avec celui-ci ou avec une partie, l'exclusion est justifiée s'il est établi que l'expert ne peut ou ne veut pas s'acquitter de sa principale obligation envers la cour (voir également H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18e éd. 2013), p. 1158-1159). Le simple fait d'avoir un intérêt ou un rapport ne rend pas quelqu'un inhabile à témoigner, sauf dans certaines circonstances, selon la nature et l'importance de l'intérêt ou du rapport. Comme lord Phillips de Worth Matravers, maître des rôles, l'explique dans un arrêt de principe : [TRADUCTION] « Il est toujours souhaitable qu'un expert n'ait aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue d'un procès dans lequel il témoigne, mais une telle neutralité n'est pas automatiquement essentielle à l'admissibilité de son témoignage »

Q.B. 381, at para. 70; see also *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), at paras. 312-17.

[43] In Australia, the expert's objectivity and impartiality will generally go to weight, not to admissibility: I. Freckelton and H. Selby, *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5th ed. 2013), at p. 35. As the Court of Appeal of the State of Victoria put it: ". . . to the extent that it is desirable that expert witnesses should be under a duty to assist the Court, that has not been held and should not be held as disqualifying, in itself, an 'interested' witness from being competent to give expert evidence" (*FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, at para. 26 (AustLII); see also Freckelton and Selby, at pp. 186-88; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] In the United States, at the federal level, the independence of the expert is a consideration that goes to the weight of the evidence, and a party may testify as an expert in his own case: *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), at p. 1019; *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), at p. 1321. This also seems to be a fair characterization of the situation in the states (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), at p. 325: "The bias or interest of the witness does not affect his or her qualification, but only the weight to be given the testimony.").

(c) *Conclusion*

[45] Following what I take to be the dominant view in the Canadian cases, I would hold that an expert's lack of independence and impartiality goes to the admissibility of the evidence in addition to being considered in relation to the weight to be given to

(*R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381, par. 70; voir également *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), par. 312-317).

[43] En Australie, l'objectivité et l'impartialité de l'expert jouent généralement au regard de la valeur de la preuve, et non de son admissibilité (I. Freckelton et H. Selby, *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5e éd. 2013), p. 35). Pour reprendre les propos de la Cour d'appel de l'État de Victoria : [TRADUCTION] « . . . dans la mesure où il est souhaitable que les témoins experts aient l'obligation d'aider le tribunal, on ne devrait pas juger inhabile à témoigner un expert du seul fait qu'il est "intéressé" » (*FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, par. 26 (AustLII); voir également Freckelton et Selby, p. 186-188; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] Aux États-Unis, au niveau fédéral, l'indépendance de l'expert joue au regard de la valeur de la preuve, et une partie peut témoigner à son propre procès à titre d'expert (*Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), p. 1019; *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), p. 1321). Il semble que la situation soit à peu près la même à l'échelle des États (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), p. 325 : [TRADUCTION] « Le parti pris ou l'intérêt du témoin n'influe pas sur son habilité à témoigner, mais seulement sur la valeur probante de son témoignage. »).

c) *Conclusion*

[45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du

the evidence if admitted. That approach seems to me to be more in line with the basic structure of our law relating to expert evidence and with the importance our jurisprudence has attached to the gatekeeping role of trial judges. Binnie J. summed up the Canadian approach well in *J.-L.J.*: "The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility" (para. 28).

(2) The Appropriate Threshold

[46] I have already described the duty owed by an expert witness to the court: the expert must be fair, objective and non-partisan. As I see it, the appropriate threshold for admissibility flows from this duty. I agree with Prof. (now Justice of the Ontario Court of Justice) Paciocco that "the common law has come to accept . . . that expert witnesses have a duty to assist the court that overrides their obligation to the party calling them. If a witness is unable or unwilling to fulfill that duty, they do not qualify to perform the role of an expert and should be excluded": "Taking a 'Goudge' out of Bluster and Blarney: an 'Evidence-Based Approach' to Expert Testimony" (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135, at p. 152 (footnote omitted). The expert witnesses must, therefore, be aware of this primary duty to the court and able and willing to carry it out.

[47] Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. As Prof. Paciocco aptly observed, "if inquiries about bias or partiality become routine during *Mohan voir dires*, trial testimony will become nothing more than an inefficient reprise of the admissibility hearing": "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565 ("Jukebox"), at p. 597. While I would not go so far as to hold that the expert's independence and impartiality should be presumed absent challenge, my

témoignage, s'il est admis. Cette façon de voir semble s'accorder davantage avec l'économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d'experts et l'importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l'optique canadienne dans l'arrêt *J.-L.J.* : « La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

(2) Teneur du critère

[46] J'ai déjà exposé l'obligation du témoin expert envers le tribunal : il doit être juste, objectif et impartial. Selon moi, le critère d'admissibilité découle de cette obligation. Je suis d'accord avec le professeur Paciocco (maintenant juge de la Cour de justice de l'Ontario), selon qui [TRADUCTION] « la common law en est venue à concevoir [. . .] que les témoins experts ont l'obligation d'aider le tribunal, qui l'emporte sur celle qu'ils doivent à la partie qui les cite. Le témoin qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation n'est pas habile à exercer son rôle d'expert et devrait être exclu » (« Taking a "Goudge" out of Bluster and Blarney : an "Evidence-Based Approach" to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135, p. 152 (note de bas de page omise)). Par conséquent, les témoins experts doivent être conscients de leur obligation principale envers le tribunal et pouvoir et vouloir s'en acquitter.

[47] L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Comme le souligne le professeur Paciocco, à raison : [TRADUCTION] « . . . si les débats sur la partialité deviennent chose courante pendant un voir-dire de type *Mohan*, le témoignage qui sera donné au procès ne sera plus qu'une répétition inefficace de l'audience sur l'admissibilité » (« Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565 (« Jukebox »), p. 597). Sans aller jusqu'à affirmer qu'il faut présumer l'indépendance

view is that absent such challenge, the expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met.

[48] Once the expert attests or testifies on oath to this effect, the burden is on the party opposing the admission of the evidence to show that there is a realistic concern that the expert's evidence should not be received because the expert is unable and/or unwilling to comply with that duty. If the opponent does so, the burden to establish on a balance of probabilities this aspect of the admissibility threshold remains on the party proposing to call the evidence. If this is not done, the evidence, or those parts of it that are tainted by a lack of independence or impartiality, should be excluded. This approach conforms to the general rule under the *Mohan* framework, and elsewhere in the law of evidence, that the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility.

[49] This threshold requirement is not particularly onerous and it will likely be quite rare that a proposed expert's evidence would be ruled inadmissible for failing to meet it. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. For example, it is the nature and extent of the interest or connection with the litigation or a party thereto which matters, not the mere fact of the interest or connection; the existence of some interest or a relationship does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. In most cases, a mere employment relationship with the party calling the evidence will be insufficient to do so. On the other hand, a direct financial interest in the outcome of the litigation will be of more concern. The same can be said in the case of a very close familial relationship with one of the parties or situations in which the proposed expert will probably incur professional liability if his or her opinion is not accepted by the court. Similarly, an expert who, in his or her proposed evidence or otherwise,

et l'impartialité de l'expert si elles ne sont pas contestées, je pense qu'en l'absence d'une telle contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte.

[48] Une fois que l'expert a produit cette attestation ou a déposé sous serment en ce sens, il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si elle réussit, la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été satisfait à ce critère d'admissibilité incombe toujours à la partie qui entend présenter le témoignage. Si elle n'y parvient pas, le témoignage, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Cette démarche est conforme à la règle générale du cadre établi dans l'arrêt *Mohan*, et généralement en droit de la preuve, selon laquelle il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité.

[49] Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Par exemple, c'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance ou une partie qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposé inadmissible. Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de

assumes the role of an advocate for a party is clearly unwilling and/or unable to carry out the primary duty to the court. I emphasize that exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

[50] As discussed in the English case law, the decision as to whether an expert should be permitted to give evidence despite having an interest or connection with the litigation is a matter of fact and degree. The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

[51] Having established the analytical framework, described the expert's duty and determined that compliance with this duty goes to admissibility and not simply to weight, I turn now to where this duty fits into the analytical framework for admission of expert opinion evidence.

F. *Situating the Analysis in the Mohan Framework*

(1) The Threshold Inquiry

[52] Courts have addressed independence and impartiality at various points of the admissibility test. Almost every branch of the *Mohan* framework has been adapted to incorporate bias concerns one

sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

[50] Comme nous l'avons vu en examinant la jurisprudence anglaise, la décision de permettre ou non à un expert de témoigner malgré son intérêt dans un litige ou son rapport avec celui-ci dépend de leur importance et des faits. La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

[51] Nous avons posé le cadre analytique, défini l'obligation de l'expert et établi que le respect de cette dernière joue au regard de l'admissibilité, et non simplement de la valeur probante. Voyons ensuite où cette obligation s'inscrit dans le cadre analytique régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert.

F. *L'analyse au sein du cadre établi par l'arrêt Mohan*

(1) L'analyse fondée sur les critères d'admissibilité

[52] Les tribunaux ont abordé la question de l'indépendance et de l'impartialité à divers stades de l'examen des critères d'admissibilité. Presque tous les volets du cadre établi par l'arrêt *Mohan* ont servi

way or another: the proper qualifications component (see, e.g., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (Ont. S.C.J.)); the necessity component (see, e.g., *Docherty*; *Alfano*); and during the discretionary cost-benefit analysis (see, e.g., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). On other occasions, courts have found it to be a stand-alone requirement: see, e.g., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (Ont. S.C.J.); *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284. Some clarification of this point will therefore be useful.

[53] In my opinion, concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at 12:30.20.50; see also *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, at para. 21; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 826-27; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence*, at para. HEV-152 "Partiality"; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4th ed. (loose-leaf)), vol. 24, Title 62 — Evidence, at §469. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill this duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. Situating this concern in the "properly qualified expert" ensures that the courts will focus expressly on the important risks associated with biased experts: Hill, Tanovich and Strezos, at 12:30.20.50; Paciocco, "Jukebox", at p. 595.

(2) The Gatekeeping Exclusionary Discretion

[54] Finding that expert evidence meets the basic threshold does not end the inquiry. Consistent with the structure of the analysis developed following *Mohan* which I have discussed earlier, the judge

à l'examen des préoccupations relatives au parti pris : la qualification requise (voir, p. ex., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (C.S.J. Ont.)); la nécessité (voir, p. ex., *Docherty*; *Alfano*); et l'analyse coût-bénéfices, qui appelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (voir, p. ex., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). À d'autres occasions, les tribunaux en ont fait un critère distinct (voir, p. ex., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (C.S.J. Ont.); *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284). Des précisions s'imposent donc.

[53] À mon avis, c'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter (S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5e éd. (feuilles mobiles)), 12:30.20.50; voir également *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, par. 21; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 826-827; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence*, par. HEV-152 « Partiality »; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 24, titre 62 — Evidence, §469). Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. En abordant cette préoccupation sous le volet de la « qualification suffisante de l'expert », les tribunaux pourront s'attacher à évaluer les risques importants que présentent les experts qui ont un parti pris (Hill, Tanovich et Strezos, 12:30.20.50; Paciocco, « Jukebox », p. 595).

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en tant que « gardien »

[54] La constatation que le témoignage de l'expert satisfait aux critères ne met pas fin à l'analyse. Conformément au cadre établi dans la foulée de l'arrêt *Mohan* dont nous avons discuté précédemment,

must still take concerns about the expert's independence and impartiality into account in weighing the evidence at the gatekeeping stage. At this point, relevance, necessity, reliability and absence of bias can helpfully be seen as part of a sliding scale where a basic level must first be achieved in order to meet the admissibility threshold and thereafter continue to play a role in weighing the overall competing considerations in admitting the evidence. At the end of the day, the judge must be satisfied that the potential helpfulness of the evidence is not outweighed by the risk of the dangers materializing that are associated with expert evidence.

G. *Expert Evidence and Summary Judgment*

[55] I must say a brief word about the procedural context in which this case originates — a summary judgment motion. (I note that these comments relate to the summary judgment regime under the Nova Scotia rules and that different considerations may arise under different rules.) It is common ground that the court hearing the motion can consider only admissible evidence. However, under the Nova Scotia jurisprudence, which is not questioned on this appeal, it is not the role of a judge hearing a summary judgment motion in Nova Scotia to weigh the evidence, draw reasonable inferences from evidence or settle matters of credibility: *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, at paras. 42-44, 87 and 98; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, at paras. 6 and 12. Taking these two principles together, the result in my view is this. A motions judge hearing a summary judgment application under the Nova Scotia rules must be satisfied that proposed expert evidence meets the threshold requirements for admissibility at the first step of the analysis, but should generally not engage in the second step cost-benefit analysis. That cost-benefit analysis, in anything other than the most obvious cases of inadmissibility, inevitably involves assigning weight — or at least potential weight — to the evidence.

le juge doit encore tenir compte des réserves émises quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert lorsqu'il évalue la preuve à l'étape où il exerce son rôle de gardien. Il peut être utile de concevoir la pertinence, la nécessité, la fiabilité et l'absence de parti pris comme autant d'éléments d'un examen en deux temps, qui entrent en ligne de compte à la première étape, celle qui sert à déterminer s'il est satisfait aux critères d'admissibilité, et jouent également un rôle à la deuxième, dans la pondération des considérations concurrentes globales relatives à l'admissibilité. Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l'expert ne l'emportent pas sur l'utilité possible de celui-ci.

G. *Témoignage d'expert et jugement sommaire*

[55] Je me dois de glisser quelques mots sur le contexte procédural dans lequel s'inscrit le présent pourvoi, en l'occurrence celui d'une requête en jugement sommaire. (Mes commentaires concernent le régime des jugements sommaires établi par les règles de la Nouvelle-Écosse. Je reconnais que d'autres considérations sont susceptibles de jouer dans un autre régime.) Il est bien reconnu que le tribunal saisi de la requête ne peut examiner que la preuve admissible. Cependant, suivant la jurisprudence néo-écossaise, qui n'est pas remise en question dans le présent pourvoi, il n'appartient pas au juge saisi d'une requête en jugement sommaire, en Nouvelle-Écosse, de soupeser la preuve, de tirer des inférences raisonnables de celle-ci ou de trancher des questions de crédibilité (*Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, par. 42-44, 87 et 98; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, par. 6 et 12). Si l'on considère ces deux principes ensemble, le résultat est à mon avis le suivant. Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire en vertu des règles de procédure de la Nouvelle-Écosse doit être convaincu que le témoignage de l'expert proposé satisfait aux critères d'admissibilité à la première étape de l'analyse; en règle générale, il doit toutefois se garder de passer à la seconde étape, celle de l'analyse coût-bénéfices. Cette analyse, sauf dans les cas d'inadmissibilité les plus manifestes, appelle inévitablement l'attribution d'une valeur — ou, à tout le moins, d'une valeur possible — à la preuve.

H. *Application*

[56] I turn to the application of these principles to the facts of the case. In my respectful view, the record amply sustains the result reached by the majority of the Court of Appeal that Ms. MacMillan's evidence was admissible on the summary judgment application. Of course, the framework which I have set out in these reasons was not available to either the motions judge or to the Court of Appeal.

[57] There was no finding by the motions judge that Ms. MacMillan was in fact biased or not impartial or that she was acting as an advocate for the shareholders: C.A. reasons, at para. 122. On the contrary, she specifically recognized that she was aware of the standards and requirements that experts be independent. She was aware of the precise guidelines in the accounting industry concerning accountants acting as expert witnesses. She testified that she owed an ultimate duty to the court in testifying as an expert witness: A.R., vol. III, at pp. 75-76; C.A. reasons, at para. 134. To the extent that the motions judge was concerned about the "appearance" of impartiality, this factor plays no part in the test for admissibility, as I have explained earlier.

[58] The auditors' claim that Ms. MacMillan lacks objectivity rests on two main points which I will address in turn.

[59] First, the auditors say that the earlier work done for the shareholders by the Kentville office of Grant Thornton "served as a catalyst and foundation for the claim of negligence" against the auditors and that this "precluded [Grant Thornton] from acting as 'independent' experts in this case": A.F., at paras. 17 and 19. Ms. MacMillan, the auditors submit, was in an "irreconcilable conflict of interest, in that she would inevitably have to opine on, and choose between, the actions taken and standard of care exercised by her own partners at Grant Thornton" and those of the auditors: A.F., at para. 21. This first submission, however, must be rejected.

H. *Application*

[56] J'aborde maintenant l'application de ces principes aux faits de l'espèce. À mon humble avis, le dossier appuie largement la conclusion à laquelle est parvenue la majorité de la Cour d'appel que le témoignage de M^me^ MacMillan était admissible pour l'instruction de la requête en jugement sommaire. Bien sûr, ni le juge des requêtes ni la Cour d'appel ne disposaient du cadre que j'établis dans les présents motifs.

[57] Le juge des requêtes n'a pas conclu que M^me^ MacMillan avait un parti pris, qu'elle n'était pas impartiale ou qu'elle se faisait le défenseur des actionnaires (motifs de la C.A., par. 122). Au contraire, M^me^ MacMillan a reconnu expressément connaître les normes et exigences voulant que l'expert soit indépendant. Elle était également au fait des directives précises dans le milieu de la comptabilité applicables aux comptables cités comme témoins experts. Elle était consciente à titre de témoin expert de sa principale obligation envers le tribunal (d.a., vol. III, p. 75-76; motifs de la C.A., par. 134). Même si, selon le juge des requêtes, il faut une « apparence » d'impartialité, ce facteur ne constitue pas un critère d'admissibilité, comme je l'explique précédemment.

[58] La prétention des vérificateurs selon laquelle M^me^ MacMillan manquerait d'objectivité repose sur deux principaux points que j'aborde successivement.

[59] D'abord, les vérificateurs soutiennent que le travail fait antérieurement à l'intention des actionnaires par le bureau de Grant Thornton à Kentville [TRADUCTION] « a servi de catalyseur et de fondement à l'action pour négligence » intentée contre les vérificateurs et que cela « empêche [Grant Thornton] d'agir comme expert "indépendant" en l'espèce » (m.a., par. 17 et 19). Selon les vérificateurs, M^me^ MacMillan se trouvait dans « une situation de conflit d'intérêts irréductible qui la forçait inévitablement à commenter et approuver les mesures prises et la norme de diligence observée soit par ses propres partenaires chez Grant Thornton » soit par les vérificateurs (m.a., par. 21). Ce premier argument doit cependant être rejeté.

[60] The fact that one professional firm discovers what it thinks is or may be professional negligence does not, on its own, disqualify it from offering that opinion as an expert witness. Provided that the initial work is done independently and impartially and the person put forward as an expert understands and is able to comply with the duty to provide fair, objective and non-partisan assistance to the court, the expert meets the threshold qualification in that regard. There is no suggestion here that Grant Thornton was hired to take a position dictated to it by the shareholders or that there was anything more than a speculative possibility of Grant Thornton incurring liability to them if the firm's opinion was not ultimately accepted by the court. There was no finding that Ms. MacMillan was, in fact, biased or not impartial, or that she was acting as an advocate for the shareholders. The auditors' submission that she somehow "admitted" on her cross-examination that she was in an "irreconcilable conflict" is not borne out by a fair reading of her evidence in context: A.R., vol. III, at pp. 139-45. On the contrary, her evidence was clear that she understood her role as an expert and her duty to the court: *ibid.*, at pp. 75-76.

[60] Le cabinet professionnel qui découvre ce qu'il estime être une négligence professionnelle ou ce qui pourrait l'être n'est pas d'emblée interdit de donner son opinion en tant que témoin expert. Dès lors que le travail initial est fait de façon indépendante et impartiale et que l'expert proposé comprend son obligation d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale et qu'il peut s'acquitter de cette obligation, il est satisfait au critère relatif à la qualification sur ce plan. Or, rien ne permet de penser ici que le cabinet Grant Thornton a été engagé pour exprimer un point de vue dicté par les actionnaires, ni qu'il y ait eu plus qu'une hypothétique possibilité que le cabinet soit tenu responsable envers ces derniers si, en fin de compte, le tribunal n'avait pas retenu son opinion. Le juge n'a pas conclu que M^me^ MacMillan avait un parti pris, qu'elle a manqué d'impartialité ou qu'elle s'était faite le défenseur des actionnaires. De plus, l'argument des vérificateurs selon lequel M^me^ MacMillan a en quelque sorte « admis » en contre-interrogatoire se trouver dans une situation de « conflit d'intérêts irréductible » n'est pas corroboré par une interprétation raisonnable de son témoignage dans son contexte (d.a., vol. III, p. 139-145). Au contraire, il ressort clairement de son témoignage qu'elle comprenait son rôle d'expert et son obligation envers le tribunal (*ibid.*, p. 75-76).

[61] The auditors' second main point was that Ms. MacMillan was not independent because she had "incorporated" some of the work done by the Kentville office of her firm. This contention is also ill founded. To begin, I do not accept that an expert lacks the threshold qualification in relation to the duty to give fair, objective and non-partisan evidence simply because the expert relies on the work of other professionals in reaching his or her own opinion. Moreover, as Beveridge J.A. concluded, what was "incorporated" was essentially an exercise in arithmetic that had nothing to do with any accounting opinion expressed by the Kentville office: C.A. reasons, at paras. 146-49.

[61] Deuxièmement, M^me^ MacMillan ne serait pas indépendante, puisqu'elle avait « incorporé » une partie du travail fait par son cabinet au bureau de Kentville. Cette prétention est également non fondée. D'abord, je n'accepte pas qu'un expert ne satisfasse pas au critère de la qualification suffisante, dans la mesure où il est question de son obligation de rendre un témoignage juste, objectif et impartial, simplement parce qu'il se fonde sur le travail d'autres professionnels pour se faire une opinion. De plus, comme le juge Beveridge l'a conclu, ce qui a été « incorporé » consistait essentiellement en un exercice arithmétique qui n'avait rien à voir avec quelque opinion comptable qu'aurait exprimée le bureau de Kentville (motifs de la C.A., par. 146-149).

[62] There was no basis disclosed in this record to find that Ms. MacMillan's evidence should be

[62] Le présent dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de

excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. I agree with the majority of the Court of Appeal who concluded that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that Ms. MacMillan was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence: paras. 136-50.

IV. Disposition

[63] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

M[me] MacMillan devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel que le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M[me] MacMillan était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial (par. 136-150).

IV. Dispositif

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimées : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Ivan William Mervin Henry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Association in Defence of the Wrongly Convicted, David Asper Centre for Constitutional Rights, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association and Canadian Association of Crown Counsel *Interveners*

Indexed as: Henry *v.* British Columbia (Attorney General)

2015 SCC 24

File No.: 35745.

2014: November 13; 2015: May 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Damages — Civil action — Prosecutorial misconduct in criminal proceedings — Disclosure obligations of

* LeBel J. took no part in the judgment.

Ivan William Mervin Henry *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Association in Defence of the Wrongly Convicted, David Asper Centre for Constitutional Rights, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association et Association canadienne des juristes de l'État *Intervenants*

Répertorié : Henry *c.* Colombie-Britannique (Procureur général)

2015 CSC 24

N° du greffe : 35745.

2014 : 13 novembre; 2015 : 1er mai.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Dommages-intérêts — Action civile — Conduite répréhensible du poursuivant dans des poursuites

* Le juge LeBel n'a pas participé au jugement.

prosecutors — Wrongful non-disclosure — Malice — Claimant wrongfully convicted and incarcerated for almost 27 years — Claimant bringing civil action alleging breach of Charter rights resulting from Crown counsel's wrongful non-disclosure of relevant information — Damages under s. 24(1) sought against Crown — Whether s. 24(1) authorizes courts to award damages against Crown for wrongful non-disclosure — Level of fault claimant must establish to meet liability threshold for awarding s. 24(1) damages — Whether malice required — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

H was convicted in 1983 of 10 sexual offences, declared a dangerous offender, and imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the B.C. Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole. H brought a civil suit against the Attorney General of British Columbia ("AGBC"), seeking damages under s. 24(1) of the *Charter* for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and imprisonment.

H alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before, during, and after his trial. H made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. The Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial. At trial, the Crown provided him with several victim statements, but approximately 30 additional statements were not disclosed. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown. Key forensic evidence was also not disclosed. Furthermore, the Crown failed to disclose the existence of another suspect who had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

criminelles — Obligation des poursuivants en matière de communication de la preuve — Défaut injustifié de communiquer des renseignements — Malveillance — Demandeur condamné injustement et incarcéré pendant presque 27 ans — Action civile du demandeur alléguant une violation de droits garantis par la Charte résultant du défaut injustifié de l'avocat du ministère public de communiquer des renseignements pertinents — Demande de dommages-intérêts contre l'État en vertu de l'art. 24(1) — L'article 24(1) autorise-t-il les tribunaux à condamner l'État à des dommages-intérêts dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements? — Degré de faute que le demandeur doit établir pour satisfaire au seuil de responsabilité permettant l'adjudication de dommages-intérêts en vertu de l'art. 24(1) — La preuve de la malveillance est-elle requise? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

H a été reconnu coupable en 1983 de 10 infractions sexuelles; il a été déclaré délinquant dangereux et est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l'ensemble de la preuve. H a intenté contre le procureur général de la Colombie-Britannique (« PGCB ») une poursuite civile par laquelle il réclame en vertu du par. 24(1) de la *Charte* des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait de ses condamnations et de son emprisonnement injustifiés.

H allègue que le ministère public n'a pas communiqué l'intégralité des renseignements pertinents avant, durant et après son procès. H a demandé à plusieurs reprises qu'on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d'expertise médicolégale. Le ministère public n'a communiqué aucun des documents réclamés avant l'ouverture du procès. Au procès, le ministère public lui a fourni quelques déclarations faites par des victimes, mais on ne lui a pas communiqué une trentaine d'autres déclarations. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d'identification déjà suspecte avancée par le ministère public. Des preuves médicolégales importantes ne lui ont pas non plus été communiquées. En outre, le ministère public a omis de divulguer l'existence d'un autre suspect qui avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

In his Notice of Civil Claim, H pleaded various causes of action, including negligence, malicious prosecution, and breach of his ss. 7 and 11(*d*) *Charter* rights. The AGBC moved to strike the causes of action grounded in negligence and the *Charter*. The B.C. Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, but allowed H's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. The court noted, however, that if H intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings. H applied for leave to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. In permitting H to amend his claim accordingly, the application judge found that a threshold lower than malice should apply and that s. 24(1) damages awards are justified where the Crown's conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC's appeal, concluding that H was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

Held: The appeal should be allowed. Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorizes courts of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice.

Per Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.: Where, as here, a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice. Only by keeping liability within strict bounds can a reasonable balance be struck between remedying serious rights violations and

Dans sa déclaration, H a plaidé diverses causes d'action, notamment la négligence, la poursuite abusive et la violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la radiation des causes d'action fondées sur la négligence et sur la *Charte*. La Cour suprême de la C.-B. a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision de la Cour dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, mais a permis que la demande de H fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. La cour a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, H devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure. H a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. En autorisant H à modifier sa demande en conséquence, le premier juge a estimé qu'il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance et que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) ne se justifie que si la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le PGCB et a conclu que H n'avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise les tribunaux compétents, en cas de conduite répréhensible du poursuivant, à condamner l'État à des dommages-intérêts en l'absence d'une preuve de malveillance.

Les juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon : Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsque, en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un

maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court recognized that s. 24(1) of the *Charter* authorizes damage claims directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights. The Chief Justice outlined a framework to determine the state's liability for *Charter* damages. Under this framework, the claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based on countervailing considerations.

The countervailing consideration at issue in this case relates to concerns over good governance. *Ward* recognizes that policy factors may justify restricting the state's exposure to civil liability by establishing a minimum threshold of gravity. If the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice. Specifically, the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more "defensive" in their approach. A low threshold would also open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court.

The AGBC submits that, to attract liability for *Charter* damages, the Crown's conduct must rise to the level of "malice". The malice standard has been extensively canvassed in this Court's malicious prosecution jurisprudence. Under the tort of malicious prosecution, a prosecutor will be liable for the decision to initiate or continue a prosecution against an individual without reasonable and probable cause, provided that such decision was characterized by malice. Malice requires more than recklessness or

seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que peut être établi un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

Dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a reconnu que le par. 24(1) de la *Charte* autorise les demandes de dommages-intérêts dirigées contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis au demandeur. La Juge en chef a proposé un cadre d'analyse pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte*. Selon ce cadre d'analyse, le demandeur doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau, il revient à l'État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contrepoids.

La considération qui fait contrepoids en cause dans la présente affaire a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L'arrêt *Ward* reconnaît que des facteurs de principe peuvent justifier que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État en établissant un seuil minimal de gravité. Si l'on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s'acquitter de leurs importantes fonctions publiques s'en trouvera compromise et l'administration de la justice en souffrira. Plus précisément, le spectre de la responsabilité pourrait influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». Un seuil peu élevé déclencherait également une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d'énergie à justifier leur conduite devant le tribunal.

Le PGCB affirme que, pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance ». La norme de la malveillance a été examinée à fond dans les décisions de la Cour relatives aux poursuites abusives. Dans le cas du délit civil de poursuite abusive, un poursuivant engage sa responsabilité s'il décide d'engager ou de continuer une poursuite criminelle contre une personne en l'absence de

gross negligence. Rather, the plaintiff must demonstrate a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system. The malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove that a prosecutor's decision was driven by an improper purpose or motive, wholly inconsistent with Crown counsel's role as minister of justice.

There are several reasons why malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. Second, malice requires an inquiry into whether the prosecutor was motivated by an improper purpose. Such an inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker's motives. However, the decision to disclose relevant information is not discretionary. It is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused's *Charter* right to make full answer and defence. As such, the motives of the prosecutor in withholding information are immaterial. Third, unlike the decision to initiate or continue a prosecution, disclosure decisions do not fall within the core of prosecutorial discretion, and therefore do not warrant such an onerous threshold to insulate them from judicial scrutiny. Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard.

While the malice standard is not directly applicable, the compelling good governance concerns raised in our malicious prosecution jurisprudence must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. The liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Moreover, a widespread "chilling effect" on the behaviour of prosecutors must be avoided. Therefore, the threshold must allow for strong

motifs raisonnables et probables, pourvu que cette décision soit empreinte de malveillance. La malveillance exige plus que l'insouciance ou la négligence grave. Le demandeur doit plutôt démontrer un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale. Le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir que la décision du poursuivant était motivée par un but ou un motif illégitime tout à fait incompatible avec le rôle de l'avocat du ministère public en tant que représentant de la justice.

Pour plusieurs raisons, la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. En deuxième lieu, la malveillance exige que l'on examine si le poursuivant était motivé par un but illégitime. Cet examen est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d'engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d'évaluer la prise d'une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Cependant, la décision de communiquer des renseignements pertinents n'est pas de nature discrétionnaire. Il s'agit d'une obligation constitutionnelle dont doit s'acquitter convenablement le ministère public, en harmonie avec le droit de présenter une défense pleine et entière que la *Charte* garantit à un accusé. Les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont eux-mêmes aucune importance. En troisième lieu, contrairement à la décision d'engager ou de continuer une poursuite, les décisions en matière de communication ne ressortissent pas au pouvoir discrétionnaire essentiel et ne justifient donc pas un seuil aussi élevé pour les soustraire au contrôle judiciaire. Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l'encontre de la norme de la malveillance.

Bien que la norme de la malveillance ne s'applique pas directement, il faut tenir compte des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement évoquées dans nos décisions traitant de la malveillance pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Le seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l'obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. De plus, il faut

claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

Good governance concerns mandate a high threshold that substantially limits the scope of liability. The standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. H submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. This approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability. H alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the liability threshold established here. However, H's exceptional case should not be used to justify a substantial expansion of prosecutorial liability.

Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant must convince the fact-finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

The liability threshold focuses on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. The purpose of these elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, they are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure.

éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants. Le seuil de responsabilité doit donc permettre l'audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

Les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil élevé qui limite sensiblement la portée de la responsabilité. La norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. H plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. Cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant. H allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité établi en l'espèce. Toutefois, le cas exceptionnel de H ne doit pas servir à justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant.

Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités, (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

Le seuil de responsabilité porte sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Ces éléments ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

The consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading.

Imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l'obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d'une poursuite criminelle. Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu'on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s'appliquer à l'étape des actes de procédure. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d'action fondée sur la négligence et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d'intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile.

In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful non-disclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of "but for" causation. Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that "but for" the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. The "but for" causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers.

En plus d'avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l'intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n'engage sa responsabilité que si l'on conclut à l'existence d'un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n'eut été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n'aurait pas subi ce préjudice. Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes.

H may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

H peut demander de modifier ses actes de procédure afin d'y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour H, de présenter une défense pleine et entière.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis J.: H need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. Applying the principles from *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, to this case, H must plead facts that, if true, establish a

La juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis : H n'a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Si l'on applique les principes énoncés dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27,

breach of his *Charter* rights and that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. If proven at trial, the facts alleged by H would indisputably establish a breach of H's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*, which had a direct and serious impact on the fairness of his trial. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships H has endured and may also help publicly vindicate such a serious violation of the *Charter* rights the Crown is alleged to have breached. The objective of deterrence may also be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1). At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. As to good governance concerns, the second set of countervailing considerations discussed in *Ward*, those raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. H's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term. The discretion to commence and pursue a prosecution is vital to the effective prosecution of criminal cases and claims can only be brought against prosecutors for misuse of this discretion if malice can be shown. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence, however, is not a discretionary function but a legal obligation. This obligation is absolute. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed on the state by the *Charter*. Recognizing H's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion, nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of

[2010] 2 R.C.S. 28, à la présente affaire, H doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Si les faits allégués par H sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que ses droits à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés, ce qui a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à H d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues et également soutenir publiquement la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait si gravement violés dans le cas de H. L'objectif de dissuasion peut également être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

À la troisième étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste. Au stade où en est l'instance en l'espèce, l'existence d'une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d'être certaine. En ce qui concerne le bon gouvernement, le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l'arrêt *Ward*, soit celles soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique sont hors de propos en l'espèce. La cause de H ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement. Le pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies, et il ne peut être engagé d'action contre un poursuivant qui aurait mal exercé ce pouvoir discrétionnaire que dans les cas où la malveillance pourrait être établie. L'obligation légale de communication de la preuve qui incombe au ministère public n'est cependant pas une fonction discrétionnaire, mais une obligation en droit. Il s'agit d'une obligation absolue. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des

prosecutorial discretion, or divert prosecutors from their day-to-day work.

H should be allowed to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages based on a breach by the Crown of its constitutional obligation to disclose relevant information. On the facts as pleaded, *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

témoins. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt le non-respect d'une obligation légale imposée à l'État par la *Charte*. Admettre la demande de H ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, ni ne détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes.

H devrait être autorisé à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* pour la violation par le ministère public de son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents à la défense. Selon les allégations, l'attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

By McLachlin C.J. and Karakatsanis J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(*d*), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 14(6).

Authors Cited

Roach, Kent. "A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*" (2011), 29 *N.J.C.L.* 135.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Hall, MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A.), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), setting aside a decision of Goepel J., 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, *Alison Latimer*, *Marilyn Sandford* and *Cameron Ward*, for the appellant.

Peter Juk, *Q.C.*, *Karen A. Horsman* and *E. W. (Heidi) Hughes*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11*d*), 24(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 14(6).

Doctrine et autres documents cités

Roach, Kent. « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Hall, MacKenzie et Stromberg-Stein), 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262, 349 B.C.A.C. 175, 596 W.A.C. 175, 370 D.L.R. (4th) 742, 6 C.C.L.T. (4th) 175, 299 C.R.R. (2d) 35, 8 C.R. (7th) 108, [2014] 3 W.W.R. 231, [2014] B.C.J. No. 71 (QL), 2014 CarswellBC 100 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goepel, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335, 359 D.L.R. (4th) 171, 100 C.C.L.T. (3d) 298, 281 C.R.R. (2d) 24, [2013] 8 W.W.R. 518, [2013] B.C.J. No. 769 (QL), 2013 CarswellBC 990 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, *Alison Latimer*, *Marilyn Sandford* et *Cameron Ward*, pour l'appelant.

Peter Juk, *c.r.*, *Karen A. Horsman* et *E. W. (Heidi) Hughes*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique.

Mitchell R. Taylor, *Q.C.*, and *Diba B. Majzub*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Hart Schwartz and *Matthew Horner*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Michel Déom and *Amélie Dion*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

James A. Gumpert, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gaétan Migneault and *Kathryn Gregory*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Michael Conner and *Denis Guénette*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme Mitchell, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Jolaine Antonio and *Kate Bridgett*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Frances Knickle and *Philip Osborne*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Sean Dewart and *Tim Gleason*, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh and *Frances Mahon*, for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association.

Bradley E. Berg, *Erin Houlton* and *Nickolas Tzoulas*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Richard Macklin, *Breese Davies* and *Neil G. Wilson*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Written submissions only by *Paul J. J. Cavalluzzo* and *Adrienne Telford*, for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel.

Mitchell R. Taylor, *c.r.*, et *Diba B. Majzub*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Hart Schwartz et *Matthew Horner*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Michel Déom et *Amélie Dion*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

James A. Gumpert, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gaétan Migneault et *Kathryn Gregory*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Conner et *Denis Guénette*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme Mitchell, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Jolaine Antonio et *Kate Bridgett*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Frances Knickle et *Philip Osborne*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Sean Dewart et *Tim Gleason*, pour l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Marlys A. Edwardh et *Frances Mahon*, pour les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Bradley E. Berg, *Erin Houlton* et *Nickolas Tzoulas*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Richard Macklin, *Breese Davies* et *Neil G. Wilson*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association.

Argumentation écrite seulement par *Paul J. J. Cavalluzzo* et *Adrienne Telford*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État.

The judgment of Abella, Moldaver, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[1] Ivan Henry was convicted in March 1983 of 10 sexual offences involving 8 different complainants. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration. He remained imprisoned for almost 27 years. In October 2010, the British Columbia Court of Appeal quashed all 10 convictions and substituted acquittals for each, finding serious errors in the conduct of the trial and concluding that the guilty verdicts were unreasonable in light of the evidence as a whole: *R. v. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 ("*Henry No. 1*"), at para. 154.

[2] Mr. Henry brought a civil suit against the City of Vancouver ("City"), the Attorney General of British Columbia ("AGBC"), and the Attorney General of Canada ("AGC"), seeking damages for his wrongful convictions and imprisonment. The claims against the City and the AGC are not at issue in this appeal. We are concerned only with the claim against the AGBC for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, Mr. Henry alleges that the provincial Crown should be held liable for its failure — before, during, and after his criminal trial — to meet its disclosure obligations under the *Charter*. The sole question before us is the level of fault that Mr. Henry must establish to sustain a cause of action against the AGBC in these circumstances.

II. Factual Background

[3] This appeal arises from proposed amendments to the pleadings in Mr. Henry's civil case. Because this case is at the pleadings stage, the allegations of

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ivan Henry a été reconnu coupable, en mars 1983, de 10 infractions sexuelles commises à l'égard de 8 plaignantes différentes. Il a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Il est demeuré incarcéré pendant presque 27 ans. En octobre 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a annulé chacune des 10 déclarations de culpabilité et les a remplacées par un acquittement après avoir constaté de graves erreurs dans le déroulement du procès et avoir conclu que les verdicts de culpabilité étaient déraisonnables, compte tenu de l'ensemble de la preuve : *R. c. Henry*, 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96 (« *Henry n^o 1* »), par. 154.

[2] M. Henry a intenté contre la ville de Vancouver (la « Ville »), le procureur général de la Colombie-Britannique (le « PGCB ») et le procureur général du Canada (le « PGC ») une poursuite civile par laquelle il réclame des dommages-intérêts pour ses condamnations et son emprisonnement injustifiés. Les demandes contre la Ville et le PGC ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Seule nous intéresse la demande de dommages-intérêts contre le PGCB fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, M. Henry plaide que l'État provincial devrait être tenu responsable de son défaut — tant avant que pendant et après son procès criminel — de respecter les obligations que lui impose la *Charte* en matière de communication de la preuve. La seule question dont nous sommes saisis porte sur le degré de faute que M. Henry doit établir pour qu'une cause d'action soit retenue contre le PGCB dans les circonstances.

II. Contexte factuel

[3] Le présent pourvoi découle de modifications proposées aux actes de procédure dans la poursuite civile intentée par M. Henry. Comme cette affaire

prosecutorial misconduct made by Mr. Henry — including those recited in this factual background — must be accepted as true.

A. *Mr. Henry's 1983 Convictions*

[4] From November 1980 to June 1982, a series of sexual assaults occurred in Vancouver. The perpetrator of each assault used a similar *modus operandi*: he targeted female victims who were alone at night in certain neighbourhoods, threatening them with a knife and covering their heads with a pillow or pillowcase. In many of the cases, the perpetrator told the victim that he had been "ripped off" and was owed money by someone who supposedly lived at the victim's residence: *Henry No. 1*, at para. 11. After investigation, Vancouver Police concluded that a single perpetrator was responsible for the attacks.

[5] Donald McRae lived in Mount Pleasant, one of the Vancouver neighbourhoods in which the assaults took place. In the spring of 1981, Mr. McRae was placed under police surveillance as a suspect, but was not arrested in connection with the attacks. In March 1982, Mr. Henry moved to a house in the same city block as Mr. McRae.

[6] Police came to regard Mr. Henry as a suspect, and he was arrested in May 1982. He was taken to the police station and forced to participate against his will in an identification line-up. When Mr. Henry refused to cooperate, an officer held him in a headlock to keep his head up so it could be seen by the complainants viewing the line-up. Some of the victims identified Mr. Henry as the perpetrator, but others did not, and the police decided to release him after these inconclusive results.

[7] Five days after Mr. Henry's arrest and release, Mr. McRae was arrested and charged with trespass by night for prowling outside a residence several

se trouve à l'étape du dépôt des actes de procédure, les allégations de conduite répréhensible du poursuivant formulées par M. Henry — y compris celles relatées dans le présent contexte factuel — doivent être tenues pour avérées.

A. *Les condamnations de M. Henry en 1983*

[4] Entre novembre 1980 et juin 1982, une série d'agressions sexuelles ont été commises à Vancouver. Dans chaque cas d'agression, le *modus operandi* était le même : l'agresseur repérait des femmes seules le soir dans certains quartiers, les menaçait à la pointe du couteau et leur recouvrait la tête d'un oreiller ou d'une taie d'oreiller. Dans bon nombre de cas, il disait à sa victime qu'il s'était fait « escroquer » et que quelqu'un qui, selon ses dires, habitait dans la résidence de la victime lui devait de l'argent : *Henry n^o^ 1*, par. 11. À l'issue de son enquête, la police de Vancouver a conclu que les agressions étaient le fait d'un seul et même individu.

[5] Donald McRae vivait à Mount Pleasant, un des quartiers de Vancouver où les agressions avaient eu lieu. Au printemps 1981, M. McRae a commencé à faire l'objet d'une surveillance policière en tant que suspect, mais il n'a pas été arrêté relativement aux agressions. En mars 1982, M. Henry a emménagé dans une maison située dans le pâté de maisons où résidait M. McRae.

[6] La police a commencé à considérer M. Henry comme un suspect et l'a arrêté en mai 1982. M. Henry a été conduit au poste de police où il a été forcé de participer à une séance d'identification. Comme M. Henry refusait de collaborer, un agent lui a fait une prise de tête, le forçant ainsi à garder la tête haute pour pouvoir être vu par les plaignantes qui assistaient à la séance d'identification. Certaines des victimes ont identifié M. Henry comme leur agresseur, mais d'autres ne l'ont pas identifié, et la police a décidé de le libérer à la suite de ces résultats non concluants.

[7] Cinq jours après l'arrestation et la libération de M. Henry, M. McRae a été arrêté et accusé d'intrusion de nuit pour avoir rôdé autour d'une

blocks away from the locations of two of the previous assaults. Two months later, Mr. McRae was again arrested and charged with breaking and entering and theft at a residence six blocks away from one of the previous sexual assaults.

résidence située à quelques pâtés de maisons de l'endroit où deux des agressions avaient eu lieu. Deux mois plus tard, M. McRae a de nouveau été arrêté et accusé d'introduction par effraction et de vol dans une résidence située à six pâtés de maisons du lieu où une des agressions sexuelles avait été commise.

[8] Mr. Henry was re-arrested in July 1982, after the victim of a June attack made an identification from an array of photographs shown to her by the police. The photograph of Mr. Henry pictured him standing in front of a jail cell, with the arm of a uniformed officer visible in front of him. None of the six "foils" were photographed in this manner, and all six differed significantly from Mr. Henry in terms of age, hair style, and facial hair.

[8] M. Henry a été arrêté de nouveau en juillet 1982, après que la victime d'une agression commise en juin l'eut identifié sur une photo que la police lui a montrée lors d'une séance d'identification photographique. La photographie de M. Henry le montrait debout devant une cellule de prison avec le bras d'un agent en uniforme bien visible devant lui. Aucune des personnes figurant sur les six autres photos présentées à cette séance n'était photographiée de cette façon et chacune d'elles se distinguait de façon marquée de M. Henry quant à l'âge, le style de coiffure et les poils du visage.

[9] Mr. Henry was charged with 17 offences, although only 10 of these ultimately proceeded to trial. He initially had legal representation, and made numerous requests for disclosure of all victim statements as well as medical and forensic reports. Despite these requests, the Crown did not disclose any of the requested material before the commencement of trial.

[9] M. Henry a été accusé de 17 infractions, mais il n'a finalement été jugé que pour 10 d'entre elles. Il était au départ représenté par un avocat et il a demandé à plusieurs reprises qu'on lui communique toutes les déclarations des victimes, ainsi que des rapports médicaux et des rapports d'expertise médicolégale. Malgré ces demandes, le ministère public n'a communiqué aucun des documents réclamés avant l'ouverture du procès.

[10] Mr. Henry represented himself at trial. There was no reliable out-of-court identification suggesting he was the perpetrator, no evidence linking him to any of the victims, and no physical evidence placing him at any of the crime scenes. The Crown's entire case rested on in-court identifications of Mr. Henry by the complainants.

[10] M. Henry s'est représenté lui-même au procès. On ne disposait d'aucune identification extrajudiciaire fiable permettant de penser qu'il était l'auteur des actes reprochés, aucun élément de preuve établissant un lien entre lui et l'une ou l'autre des victimes, et aucune preuve matérielle indiquant qu'il se trouvait sur l'un des lieux des crimes. La preuve du ministère public reposait entièrement sur l'identification de M. Henry à l'audience par les plaignantes.

[11] At the outset of his trial, Mr. Henry again requested disclosure of all victim statements. The Crown provided him with 11 statements made by the 8 trial complainants. However, approximately 30 additional statements made by the complainants were

[11] À l'ouverture de son procès, M. Henry a de nouveau réclamé la communication de toutes les déclarations des victimes. Le ministère public lui a fourni 11 déclarations faites par les 8 plaignantes. On ne lui a toutefois pas communiqué une trentaine

not disclosed, including those contained in the notes of the original crime scene investigators. These statements revealed inconsistencies that could have been used to attack the already-suspect identification evidence put forward by the Crown.

[12] Furthermore, key forensic evidence was not disclosed. Investigators had recovered sperm from several of the crime scenes that could have been used to include or exclude a suspect based on blood type, yet this evidence was never brought to Mr. Henry's attention. The Crown also failed to disclose that Mr. McRae had been considered a suspect, and had been arrested twice in the vicinity of the attacks.

[13] At the conclusion of his trial, a jury convicted Mr. Henry on all 10 charges. He was declared a dangerous offender and sentenced to an indefinite period of incarceration.

B. *Mr. Henry's Initial Appeal Efforts*

[14] Mr. Henry's initial appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed for want of prosecution because of his failure to file trial transcripts and appeal books. His application for leave to appeal to this Court was denied, [1984] 1 S.C.R. viii, as were several subsequent *habeas corpus* applications and a 1997 application to appoint counsel and reopen his appeal.

[15] In total, between 1984 and 2006, Mr. Henry filed more than 50 applications in different courts and with the federal Crown seeking to have his convictions reviewed, while continuing to seek disclosure relating to his case.

d'autres déclarations faites par les plaignantes, et notamment celles que contenaient les notes prises à l'origine par les enquêteurs sur les lieux des crimes. Ces déclarations révélaient des contradictions qui auraient pu être utilisées pour contester la preuve d'identification déjà suspecte avancée par le ministère public.

[12] De plus, des preuves médicolégales importantes ne lui ont pas été communiquées. Les enquêteurs avaient recueilli à plusieurs des lieux des crimes du sperme qui aurait pu être utilisé pour inclure ou exclure un suspect en fonction du groupe sanguin, et pourtant ces éléments de preuve n'ont jamais été portés à l'attention de M. Henry. Le ministère public a également omis de divulguer le fait que M. McRae avait été considéré comme un suspect et qu'il avait été arrêté à deux reprises à proximité des lieux des agressions.

[13] À la fin de son procès, un jury a reconnu M. Henry coupable relativement aux 10 chefs d'accusation portés contre lui. Il a été déclaré délinquant dangereux et a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée.

B. *Premiers recours d'appel entrepris par M. Henry*

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté pour défaut de poursuivre le premier appel interjeté par M. Henry parce qu'il n'avait pas déposé la transcription des débats au procès et les dossiers d'appel. Sa demande d'autorisation d'appel auprès de notre Cour a été refusée, [1984] 1 R.C.S. viii, tout comme plusieurs demandes ultérieures d'*habeas corpus* et une demande présentée en 1997 en vue d'être représenté par un avocat et de rouvrir son appel.

[15] En tout, entre 1984 et 2006, M. Henry a saisi divers tribunaux et le ministère public fédéral de plus d'une cinquantaine de demandes visant à faire réviser ses déclarations de culpabilité, tout en continuant à réclamer la communication de renseignements se rapportant à sa cause.

C. *Project Smallman and the Unsolved Sexual Assaults*

[16] Between November 1982 and July 1988, more than 25 sexual assaults occurred in close geographic proximity to the assaults for which Mr. Henry was convicted. These additional assaults bore similar hallmarks to those attributed to Mr. Henry. However, he could not have been the perpetrator, as he was in custody during this period. These ongoing assaults were not disclosed to him.

[17] In 2002, as part of an effort designated "Project Smallman", Vancouver Police reopened investigations into a number of unsolved sexual assaults committed between 1983 and 1988 that they believed were carried out by a single perpetrator. DNA evidence linked Mr. McRae to three of the assaults, and he pleaded guilty to these offences in May 2005.

[18] The similarity in both geography and *modus operandi* between these subsequent assaults and the assaults for which Mr. Henry was convicted led the provincial Crown to appoint an independent investigator to review Mr. Henry's convictions. On the recommendation of this investigator, the provincial Crown provided full disclosure to Mr. Henry, including information gathered during the initial police investigation that should have been disclosed at trial and information subsequently discovered during Project Smallman. Mr. Henry successfully applied to reopen his appeal and was released on bail pending a hearing on the merits. The application was unopposed by the Crown, based on the recommendation of the independent investigator.

D. *Mr. Henry's Appeal and Acquittals*

[19] In *Henry No. 1*, the British Columbia Court of Appeal considered Mr. Henry's appeal on the

C. *Le projet Smallman et les agressions sexuelles non résolues*

[16] Entre le mois de novembre 1982 et le mois de juillet 1988, plus de 25 agressions sexuelles ont été perpétrées à proximité des lieux des agressions pour lesquelles M. Henry avait été condamné. Ces nouvelles agressions présentaient des caractéristiques semblables à celles attribuées à M. Henry. Toutefois, il ne pouvait en être l'auteur puisqu'à l'époque, il était détenu. Il n'a pas été mis au courant de cette série d'agressions.

[17] En 2002, dans le cadre d'une initiative appelée le [TRADUCTION] « projet Smallman », la police de Vancouver a procédé à la réouverture d'enquêtes portant sur plusieurs agressions sexuelles non élucidées commises entre 1983 et 1988 et qui, selon ce qu'elle croyait, avaient été commises par un seul individu. La preuve génétique reliait M. McRae à 3 des agressions en question, et celui-ci a reconnu sa culpabilité à ces infractions en mai 2005.

[18] La similitude constatée tant en ce qui concerne les lieux géographiques que le *modus operandi* entre les agressions ultérieures et celles pour lesquelles M. Henry avait été condamné a amené le ministère public provincial à confier à un enquêteur indépendant le réexamen des condamnations de M. Henry. Conformément à la recommandation de cet enquêteur, le ministère public provincial a communiqué l'intégralité de sa preuve à M. Henry, notamment les renseignements recueillis au cours de l'enquête policière initiale qui auraient dû être communiqués au procès, ainsi que les renseignements découverts par la suite dans le cadre du projet Smallman. M. Henry a demandé avec succès la réouverture de son appel et a été libéré sous caution en attendant la tenue d'une audience sur le fond. Suivant la recommandation de l'enquêteur indépendant, le ministère public n'a pas contesté cette demande.

D. *Appel et acquittements de M. Henry*

[19] Dans l'affaire *Henry n^o^ 1*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a procédé pour la première

merits for the first time. In October 2010, Low J.A., for a unanimous court, found significant errors in the trial judge's jury instructions. He also found that the charges should have been severed, and a mistrial declared, after the Crown abandoned its submission that the evidence on each count should be treated as similar fact evidence. These errors would have been sufficient for Low J.A. to order a new trial. However, he also held that the evidence as a whole was incapable of proving identification, and the verdicts were therefore unreasonable. As a result, he substituted acquittals for each of Mr. Henry's 10 convictions.

E. *Mr. Henry's Civil Claims*

[20] Mr. Henry filed a civil action in June 2011, seeking damages against the City, the AGBC, and the AGC for harm suffered as a consequence of his wrongful convictions and incarceration. His claim against the City relates to the investigation of the crimes for which he was convicted, and the failure of the Vancouver Police to inform Crown counsel of the subsequent offences that were later re-investigated as part of Project Smallman. His claim against the AGC relates to the denial of his various applications for review of his convictions. As indicated, these claims are not at issue in this appeal.

[21] Mr. Henry's claim against the AGBC alleges that the Crown failed to make full disclosure of relevant information before and during his trial, and in subsequent proceedings. In his Notice of Civil Claim, he pleaded various causes of action: negligence, malicious prosecution, misfeasance in public office, abuse of process, and breach of his ss. 7 and 11(*d*) *Charter* rights. The AGBC moved to strike Mr. Henry's causes of action grounded in negligence and the *Charter*. In September 2012, Goepel J. of the British Columbia

fois à un examen au fond de l'appel de M. Henry. En octobre 2010, le juge Low, rédigeant l'opinion unanime de la cour, a relevé des erreurs importantes dans les directives du juge du procès au jury. Il a également conclu que les chefs d'accusation auraient dû être scindés et que le procès aurait dû être annulé après l'abandon, par le ministère public, de sa prétention suivant laquelle les éléments de preuve relatifs à chaque chef d'accusation devaient être traités comme une preuve de faits similaires. Ces erreurs auraient suffi pour permettre au juge Low d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il a toutefois également estimé que la preuve dans son ensemble ne permettait pas d'établir l'identité de l'auteur des agressions et que les verdicts étaient par conséquent déraisonnables. Il a donc substitué l'acquittement à chacune des 10 déclarations de culpabilité prononcées contre M. Henry.

E. *La poursuite civile intentée par M. Henry*

[20] En juin 2011, M. Henry a introduit une action au civil par laquelle il réclamait des dommages-intérêts à la Ville, au PGCB et au PGC pour le préjudice subi en conséquence de ses condamnations et de son incarcération injustifiées. Sa demande contre la Ville a trait à l'enquête menée au sujet des crimes pour lesquels il a été condamné et au défaut de la police de Vancouver d'informer le procureur du ministère public des infractions subséquentes qui ont plus tard fait l'objet d'une nouvelle enquête dans le cadre du projet Smallman. Sa demande contre le PGC a trait au rejet de ses diverses demandes de réexamen de ses déclarations de culpabilité. Je le répète, ces demandes ne sont pas en cause dans le présent pourvoi.

[21] Dans sa demande contre le PGCB, M. Henry allègue que le ministère public n'a pas communiqué l'intégralité des renseignements pertinents tant avant que durant son procès, ainsi qu'au cours des procédures ultérieures. Dans sa déclaration, M. Henry a plaidé diverses causes d'action : négligence, poursuite abusive, faute dans l'exercice d'une charge publique, abus de procédure et violation des droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le PGCB a demandé la

Supreme Court struck the negligence claim as inconsistent with this Court's holding in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170: *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 ("*Henry No. 2*"), at paras. 43-60. Goepel J. allowed Mr. Henry's *Charter* claim to proceed since it was founded on allegations of malicious conduct. However, he noted that, if Mr. Henry intended to pursue a *Charter* damages claim against the AGBC for conduct falling short of malice, he would have to seek leave to amend his pleadings (paras. 61-72).

radiation des causes d'action de M. Henry fondées sur la négligence et sur la *Charte*. En septembre 2012, le juge Goepel de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a radié la demande fondée sur la négligence au motif qu'elle était incompatible avec la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170 : *Henry c. British Columbia (Attorney General)*, 2012 BCSC 1401 (« *Henry n^o^ 2* »), par. 43-60. Le juge Goepel a permis que la demande de M. Henry fondée sur la *Charte* suive son cours puisqu'elle reposait sur des allégations de malveillance. Il a toutefois fait observer que, s'il entendait réclamer en vertu de la *Charte* des dommages-intérêts contre le PGCB pour une conduite ne constituant pas de la malveillance, M. Henry devait demander l'autorisation de modifier ses actes de procédure (par. 61-72).

III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (Goepel J.)*

[22] Following the decision in *Henry No. 2*, Mr. Henry applied to amend his pleadings to claim *Charter* damages against the AGBC for non-malicious conduct. The AGBC opposed this application, arguing that a claim for *Charter* damages grounded in alleged prosecutorial misconduct requires proof of malice. The application judge rejected this submission.

[23] Goepel J. held that the case law on malicious prosecution is not dispositive of the required threshold. Relying on this Court's seminal decision on *Charter* damages in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, he observed that s. 24(1) affords courts a broad discretion to craft appropriate remedies, and that this discretion should not be limited "by casting it in a strait-jacket of judicially prescribed conditions" (para. 28, quoting *Ward*, at para. 18). However, he recognized that it may be necessary, as a matter of policy, for courts

III. Jugements des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2013 BCSC 665, 47 B.C.L.R. (5th) 335 (le juge Goepel)*

[22] À la suite de la décision *Henry n^o^ 2*, M. Henry a demandé l'autorisation de modifier ses actes de procédure afin de réclamer contre le PGCB, en vertu de la *Charte*, des dommages-intérêts pour conduite non malveillante. Le PGCB a contesté cette demande en plaidant qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur des allégations de conduite répréhensible du poursuivant exige une preuve de malveillance. Le juge de première instance a rejeté cet argument.

[23] Le juge Goepel a estimé que la jurisprudence sur les poursuites abusives ne réglait pas la question du seuil minimal exigé. S'appuyant sur l'arrêt de principe rendu par notre Cour en matière de dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* dans l'affaire *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, il a fait observer que le par. 24(1) confère aux tribunaux un large pouvoir discrétionnaire leur permettant de déterminer la réparation convenable, et qu'on ne devrait pas restreindre ce pouvoir discrétionnaire « en l'enserrant dans un corset

to mandate a minimum threshold of liability for a successful *Charter* damages claim.

[24] In Mr. Henry's case, Goepel J. found that there were competing policy considerations that must be weighed in arriving at the appropriate threshold. He determined that a threshold lower than malice should apply — namely, the standard for awarding costs in criminal proceedings for *Charter* breaches. Referring to this Court's decision in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 ("*Dunedin*"), he noted that costs awards made under s. 24(1) in criminal proceedings are only justified in limited circumstances where the Crown's conduct represents a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of prosecutors. Goepel J. thus permitted Mr. Henry to amend his Notice of Civil Claim in accordance with this threshold.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (Hall J.A., MacKenzie and Stromberg-Stein JJ.A., Concurring)*

[25] The Court of Appeal unanimously allowed the AGBC's appeal, concluding that Mr. Henry was not entitled to seek *Charter* damages for the non-malicious acts and omissions of Crown counsel.

[26] Speaking for the court, Hall J.A. relied heavily on this Court's "trilogy" of malicious prosecution cases — *Nelles*, *Proulx v. Quebec (Attorney General)*, 2001 SCC 66, [2001] 3 S.C.R. 9, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. He noted that, in *Nelles*, this Court rejected an absolute immunity for Crown counsel, and preserved a right to pursue civil damages against a prosecutor who acts intentionally to subvert justice. Referring

de conditions d'origine jurisprudentielle » (par. 28, citant l'arrêt *Ward*, par. 18). Il a toutefois reconnu qu'il peut être nécessaire, pour des raisons de principe, que les tribunaux fixent un seuil minimal de responsabilité pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* puisse être accueillie.

[24] Dans le cas de M. Henry, le juge Goepel a conclu qu'il fallait soupeser des considérations de principe divergentes pour en arriver au seuil approprié. Il a estimé qu'il y avait lieu de retenir un seuil moins élevé que celui de la malveillance, — en l'occurrence, celui qui s'applique en matière d'adjudication de dépens pour violation de la *Charte* en matière criminelle. Citant l'arrêt rendu par notre Cour dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »), le juge Goepel a fait observer qu'une condamnation à des dépens en vertu du par. 24(1) dans le cadre d'une instance criminelle ne se justifie que dans les cas restreints où la conduite du poursuivant déroge de façon marquée et inacceptable aux normes raisonnables que devraient respecter les poursuivants. Le juge Goepel a donc permis à M. Henry de modifier sa déclaration conformément à ce seuil de responsabilité.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2014 BCCA 15, 53 B.C.L.R. (5th) 262 (le juge Hall, avec l'appui des juges MacKenzie et Stromberg-Stein)*

[25] La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le PGCB et a conclu que M. Henry n'avait pas le droit de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les actes et les omissions non malveillants des avocats du ministère public.

[26] S'exprimant au nom de la Cour, le juge Hall s'est fortement appuyé sur la « trilogie » de notre Cour en matière de poursuites abusives — les arrêts *Nelles*, *Proulx c. Québec (Procureur général)*, 2001 CSC 66, [2001] 3 R.C.S. 9, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Il a fait observer que suivant l'arrêt *Nelles*, les avocats du ministère public ne jouissent pas d'une immunité absolue, et que notre Cour avait confirmé le

to *Proulx*, he observed that "malicious prosecution can be an efficacious remedy to one harmed by prosecutorial misconduct" (para. 23).

[27] In the same vein, Hall J.A. determined that making *Charter* damages available to compensate for malicious acts and omissions of prosecutors would offer plaintiffs an effective recourse for *Charter* violations, but he was not prepared to go further. In his view, the application judge erred in adopting the lower standard of fault developed in criminal cases where costs were awarded. That standard — a marked and unacceptable departure from the reasonable standards expected of Crown counsel — was akin to gross negligence and would result in "a new head of liability against prosecutors" (para. 20).

[28] Hall J.A. rejected the view that *Ward* altered the parameters of civil liability for prosecutors. He underscored the fact that, in *Ward*, this Court recognized that good governance considerations can militate against *Charter* damages awards, and that existing causes of action in private law may provide the appropriate liability threshold in a particular context.

[29] Hall J.A. concluded that he was bound by this Court's jurisprudence on the scope of civil liability for prosecutors, and therefore the malice threshold was applicable. In his view, "it would be an unwarranted extension of the language in *Ward* to find that the Supreme Court of Canada was altering the principles set forth in *Nelles* and *Miazga*" (para. 29). To the extent that prosecutorial liability ought to be expanded to include claims of

droit de réclamer au civil des dommages-intérêts d'un poursuivant ayant agi de façon délibérée de manière à entraver le cours de la justice. Citant l'arrêt *Proulx*, le juge Hall a fait remarquer que [TRADUCTION] « une action pour poursuite abusive peut s'avérer un recours efficace pour la personne lésée par la conduite répréhensible du poursuivant » (par. 23).

[27] Dans le même ordre d'idées, le juge Hall a estimé que le fait d'accorder aux demandeurs des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour les indemniser des actes ou omissions entachés de malveillance du poursuivant leur offrirait un recours efficace en cas de violation de la *Charte*. Le juge Hall n'était toutefois pas disposé à aller plus loin. À son avis, le juge saisi de la demande avait commis une erreur en adoptant la norme moins exigeante de la faute élaborée dans la jurisprudence portant sur les dépens en matière criminelle. Cette norme — celle de la dérogation marquée et inacceptable par l'avocat du ministère public aux normes raisonnables qu'on s'attend qu'il respecte — s'apparentait à celle de la négligence grave et créerait [TRADUCTION] « une nouvelle forme de responsabilité des avocats du ministère public » (par. 20).

[28] Le juge Hall a écarté l'idée que l'arrêt *Ward* avait modifié les paramètres de la responsabilité civile des poursuivants. Il a insisté sur le fait que, dans l'arrêt *Ward*, notre Cour avait reconnu que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent militer contre l'adjudication de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, et que les causes d'action déjà existantes en droit privé peuvent offrir le seuil de responsabilité approprié dans un contexte donné.

[29] Le juge Hall a conclu qu'il était lié par la jurisprudence de notre Cour sur l'étendue de la responsabilité civile des poursuivants et que, par conséquent, il fallait appliquer le seuil de responsabilité de la malveillance. À son avis, [TRADUCTION] « on étendrait de façon injustifiée la portée des mots employés dans l'arrêt *Ward* si l'on concluait que la Cour suprême du Canada y modifiait les principes énoncés dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* » (par. 29).

negligence, it should be done by the legislature or a court of last resort. Accordingly, Hall J.A. allowed the appeal and dismissed Mr. Henry's application to amend his pleadings.

IV. Analysis

A. *Overview of the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[30] A constitutional question is posed in this case:

Does s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* authorize a court of competent jurisdiction to award damages against the Crown for prosecutorial misconduct absent proof of malice?

[31] In the context of Mr. Henry's claims, I would answer this question in the affirmative. Where a claimant seeks *Charter* damages based on allegations that the Crown's failure to disclose violated his or her *Charter* rights, proof of malice is not required. Instead, a cause of action will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. This represents a high threshold for a successful *Charter* damages claim, albeit one that is lower than malice.

[32] I will discuss the legal basis and precise scope of this threshold in greater detail below. Briefly, it

Selon lui, si la responsabilité du poursuivant doit être élargie de manière à englober les réclamations fondées sur la négligence, cette initiative doit venir du législateur ou d'une juridiction de dernier ressort. Par conséquent, le juge Hall a accueilli l'appel et rejeté la demande de M. Henry en vue d'être autorisé à modifier ses actes de procédure.

IV. Analyse

A. *Aperçu du seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[30] Une question constitutionnelle est posée dans la présente affaire :

Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise-t-il un tribunal compétent à condamner le ministère public au paiement de dommages-intérêts pour la conduite répréhensible du poursuivant lorsque nulle malveillance n'a été prouvée?

[31] Dans le contexte des demandes de M. Henry, je répondrais à cette question par l'affirmative. Lorsqu'un demandeur réclame des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en alléguant que le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve a eu pour effet de violer les droits que lui garantit la *Charte*, la preuve de la malveillance n'est pas requise. L'accusé dispose plutôt d'un droit d'action lorsqu'en violation de ses obligations constitutionnelles, le ministère public lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut de les communiquer pourrait porter atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Cette norme représente un seuil élevé pour qu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* soit accueillie, mais elle est moins exigeante que la norme de la malveillance.

[32] Je vais préciser davantage plus loin le fondement juridique et la portée exacte de ce seuil. En

recognizes that while malice does not provide a useful or workable framework for dealing with allegations of wrongful non-disclosure by prosecutors, the policy underpinnings of this Court's malicious prosecution jurisprudence inform the proper scope of Crown liability for *Charter* damages in this context.

[33] I emphasize "this context" because, in my view, it is neither prudent nor necessary to decide whether a similar threshold would apply in circumstances not involving wrongful non-disclosure. Mr. Henry's claim against the AGBC is rooted in allegations that Crown counsel failed to disclose certain relevant information. It would be unwise to speculate about other types of prosecutorial misconduct that might violate the *Charter*, or to fix a blanket threshold that governs all such claims against the Crown. The threshold established in this case may well offer guidance in setting the applicable threshold for other types of misconduct, but the prudent course of action is to address new situations in future cases as they arise, with the benefit of a factual record and submissions.

B. *Ward Provides the Governing Legal Framework*

[34] Under s. 24(1) of the *Charter*,

> [a]nyone whose rights or freedoms . . . have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

In *Ward*, this Court recognized that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass damage claims for *Charter* breaches. Such claims are brought by an

résumé, celui-ci reconnaît que, bien que la malveillance n'offre pas un cadre d'analyse utile ou pratique pour répondre aux allégations de défaut injustifié des avocats du ministère public de communiquer des renseignements, les considérations d'ordre public sur lesquelles repose la jurisprudence de notre Cour en matière de poursuites abusives servent de base pour déterminer, dans le présent contexte, la véritable portée de la responsabilité du ministère public en matière de dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

[33] J'insiste sur l'expression « le présent contexte » parce qu'à mon avis, il n'est ni prudent ni nécessaire de décider si un seuil semblable s'appliquerait dans des circonstances où le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas en cause. La demande formulée par M. Henry contre le PGCB est fondée sur ses allégations suivant lesquelles l'avocat du ministère public a omis de lui communiquer certains renseignements pertinents. Il ne serait pas sage de spéculer sur d'autres types de conduite répréhensible du poursuivant qui pourrait contrevenir à la *Charte*, ou de fixer un seuil général applicable à toutes les demandes de ce genre contre le ministère public. Le seuil fixé en l'espèce peut fort bien servir de guide pour établir le seuil applicable à d'autres types de conduite répréhensible, mais la façon d'agir prudente consiste à aborder au fur et à mesure les situations qui se présenteront à l'avenir en tenant compte du dossier factuel et des arguments qui seront soumis.

B. *L'arrêt Ward fournit le cadre juridique applicable*

[34] Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*,

> [t]oute personne, victime de violation ou de négation [de ses] droits ou libertés [. . .] peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Dans l'arrêt *Ward*, notre Cour a reconnu que le libellé du par. 24(1) est suffisamment large pour englober les demandes de dommages-intérêts pour

individual as a public law action directed against the state for violations of the claimant's constitutional rights.

[35] *Charter* damages are a powerful tool that can provide a meaningful response to rights violations. They also represent an evolving area of the law that must be allowed to "develop incrementally": *Ward*, at para. 21. When defining the circumstances in which a *Charter* damages award would be appropriate and just, courts must therefore be careful not to stifle the emergence and development of this important remedy.

[36] However, *Charter* damages are not a silver bullet. They are just one of many remedies that may be available to individuals whose *Charter* rights have been breached, and their availability is not without limit. In *Ward*, the Chief Justice outlined a four-step framework to determine the state's liability for *Charter* damages:

> The first step in the inquiry is to establish that a *Charter* right has been breached. The second step is to show why damages are a just and appropriate remedy, having regard to whether they would fulfill one or more of the related functions of compensation, vindication of the right, and/or deterrence of future breaches. At the third step, the state has the opportunity to demonstrate, if it can, that countervailing factors defeat the functional considerations that support a damage award and render damages inappropriate or unjust. The final step is to assess the quantum of the damages. [para. 4]

[37] Under this framework, the claimant bears the initial burden of making out a *prima facie* case. The claimant must demonstrate that the state has breached one of his or her *Charter* rights and that an award of damages would serve a compensation, vindication, or deterrence function. Once that burden is met, the onus shifts to the state to rebut the claimant's case based

violation de la *Charte.* Ces demandes sont présentées par une personne dans le cadre d'une action de droit public dirigée contre l'État pour violation des droits constitutionnels garantis à cette personne.

[35] Les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent un outil puissant qui peut s'avérer une réponse concrète aux atteintes portées à des droits. Ils représentent également un domaine du droit qui évolue et qu'il faut laisser « se développer graduellement » : *Ward*, par. 21. Au moment de préciser les circonstances dans lesquelles l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste, les tribunaux doivent donc se garder de freiner l'émergence et le développement de cette importante réparation.

[36] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue cependant pas une solution magique. Il ne s'agit que d'une des nombreuses réparations qui s'offrent aux victimes d'une violation des droits garantis par la *Charte*, et les cas d'ouverture à cette réparation ne sont pas illimités. Dans l'arrêt *Ward*, la Juge en chef propose un cadre d'analyse en quatre étapes pour déterminer la responsabilité de l'État en dommages-intérêts pour violation de la *Charte* :

> À la première étape de l'analyse, il doit être établi qu'un droit garanti par la *Charte* a été enfreint. À la deuxième, il faut démontrer pourquoi les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, selon qu'ils peuvent remplir au moins une des fonctions interreliées suivantes : l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion contre toute nouvelle violation. À la troisième, l'État a la possibilité de démontrer, le cas échéant, que des facteurs faisant contrepoids l'emportent sur les considérations fonctionnelles favorables à l'octroi de dommages-intérêts, de sorte que ces derniers ne seraient ni convenables ni justes. La dernière étape consiste à fixer le montant des dommages-intérêts. [par. 4]

[37] Selon ce cadre d'analyse, le demandeur a le fardeau initial d'établir une preuve *prima facie*. Il doit démontrer que l'État a violé l'un des droits que lui garantit la *Charte* et que l'attribution de dommages-intérêts remplirait une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Une fois qu'il s'est acquitté de ce fardeau,

on countervailing considerations. The Chief Justice identified two important countervailing considerations, while maintaining that a "complete catalogue" of such considerations would be elaborated over time: *Ward*, at para. 33.

[38] The first countervailing consideration is the existence of alternative remedies. Section 24(1) is a broad remedial provision that provides a range of responses to *Charter* violations beyond a monetary award. In addition, there may be substantial overlap between private law and s. 24(1) actions against the government. Where the state can show that another remedy is available to effectively address a *Charter* breach — whether under the *Charter* or in private law — a damages claim may be defeated at the third step of *Ward*. For instance, if a declaration of a *Charter* breach would adequately achieve the objectives that would otherwise be served by a damages award, then granting damages as well as a declaration would be superfluous, and therefore inappropriate and unjust in the circumstances: *Ward*, at para. 37.

[39] The second countervailing consideration — and the one at issue in this case — relates to concerns over good governance. *Ward* does not define the phrase "[g]ood governance concerns" (para. 38), but it serves as a compendious term for the policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability. As the Chief Justice observed:

> In some situations, . . . the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [Emphasis added; para. 39.]

il revient à l'État de réfuter la preuve du demandeur en faisant valoir des facteurs qui font contrepoids. La Juge en chef a signalé deux importantes considérations pouvant faire contrepoids, tout en maintenant qu'une « liste exhaustive » de ces considérations serait établie au fil du temps : *Ward*, par. 33.

[38] L'existence d'autres recours constitue la première considération faisant contrepoids. Le paragraphe 24(1) est une vaste disposition réparatrice qui prévoit une panoplie de réponses aux violations de la *Charte*, en plus des réparations pécuniaires. En outre, il peut y avoir un chevauchement important entre les actions intentées contre l'État en vertu du droit privé et celles intentées en vertu du par. 24(1). Lorsque l'État peut démontrer l'existence d'un autre recours permettant de répondre efficacement à une violation de la *Charte* — sous le régime de la *Charte* ou en droit privé —, une demande de dommages-intérêts peut être rejetée à la troisième étape du cadre d'analyse de l'arrêt *Ward*. Par exemple, si un jugement déclarant qu'il y a eu violation de la *Charte* permettait d'atteindre les objectifs que réaliserait autrement l'attribution de dommages-intérêts, une condamnation à des dommages-intérêts en sus d'un jugement déclaratoire serait superflue et, partant, ne serait pas convenable et juste dans les circonstances : *Ward*, par. 37.

[39] La seconde considération qui fait contrepoids — et celle en cause dans la présente affaire — a trait aux préoccupations relatives au bon gouvernement. L'arrêt *Ward* ne définit pas l'expression « préoccupations relatives au bon gouvernement » (par. 38), mais cette expression sert de formule succincte pour désigner les facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État. Ainsi que la Juge en chef l'a fait observer :

> . . . dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. [Je souligne; par. 39.]

This is precisely what the AGBC, the AGC, and the numerous intervening Attorneys General argue in this case. There is a common theme driving their submissions: if the threshold of gravity is set too low for a *Charter* damages claim alleging Crown misconduct, the ability of prosecutors to discharge their important public duties will be undermined, with adverse consequences for the administration of justice.

[40] This theme finds expression in a number of specific policy concerns. For example, the Attorneys General argue that the spectre of liability may influence the decision-making of prosecutors and make them more "defensive" in their approach. The public interest is not well served when Crown counsel are motivated by fear of civil liability, rather than their sworn duty to fairly and effectively prosecute crime. By the same token, the Attorneys General suggest that a low threshold would open up the floodgates of civil liability and force prosecutors to spend undue amounts of time and energy defending their conduct in court instead of performing their duties.

[41] As I will explain, these concerns are very real, and they provide compelling reasons why the availability of *Charter* damages should be circumscribed through the establishment of a high threshold.

[42] *Ward* provides an example of a prior case where a heightened *per se* liability threshold was justified by policy reasons. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, this Court held that *Charter* damages were unavailable for state action taken pursuant to a law, considered valid at the time but later declared invalid, unless the state action was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power" (para. 78). In other words, state actors were afforded a limited immunity for actions taken in good faith under a law they believed to be valid. Citing *Mackin*, the Chief Justice in *Ward* noted that, "absent threshold misconduct",

C'est précisément l'argument que font valoir en l'espèce le PGCB, le PGC ainsi que les nombreux procureurs généraux qui sont intervenus à l'instance. Un thème commun se dégage de leur argumentation : si l'on fixe trop bas le seuil minimal de gravité dans le cas d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qui allègue une conduite répréhensible du ministère public, la possibilité pour les avocats du ministère public de s'acquitter de leurs importantes fonctions publiques s'en trouvera compromise et l'administration de la justice en souffrira.

[40] Ce thème commun trouve son expression dans un certain nombre de préoccupations de principe précises. Par exemple, les procureurs généraux soutiennent que le spectre de la responsabilité peut influencer la prise de décision des poursuivants et les mettre davantage « sur la défensive ». L'intérêt public est mal servi lorsque les avocats du ministère public sont animés par la crainte de poursuites civiles plutôt que par leur serment de poursuivre les criminels de façon équitable et efficace. Dans la même veine, les procureurs généraux prétendent qu'un seuil peu élevé déclencherait une avalanche de poursuites civiles et obligerait les poursuivants à consacrer trop de temps et d'énergie à justifier leur conduite devant le tribunal au lieu d'exercer leurs fonctions.

[41] J'expliquerai plus loin que ces préoccupations sont très concrètes et démontrent de manière convaincante la nécessité d'établir un seuil élevé afin de limiter la possibilité de recours en dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[42] L'arrêt *Ward* offre un exemple d'une décision dans laquelle des raisons de politique générale justifiaient l'application d'un seuil de responsabilité plus élevé. Dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, notre Cour a refusé d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans le cas d'une mesure prise par l'État conformément à une loi tenue pour valide à l'époque, mais subséquemment déclarée invalide, en l'absence d'un comportement de l'État « clairement fautif, [entaché] de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » (par. 78). En d'autres mots, la Cour a reconnu aux agents de l'État

no cause of action for *Charter* damages will lie in these circumstances (para. 39).

[43] When a heightened *per se* liability threshold has been imposed, this will have consequences at the pleadings stage. To survive a motion to strike, a claimant must plead sufficient facts to disclose a reasonable cause of action: see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45. If the alleged *Charter* violation occurs in a context where courts have imposed a heightened *per se* liability threshold, the claimant must particularize facts that, if proven, would be sufficient to establish that the state conduct met the required threshold of gravity. The failure to do so will be fatal to the claim. With these principles in mind, I turn to the applicable threshold for wrongful non-disclosure by prosecutors.

C. *Establishing the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

(1) "Malice" Does Not Offer a Useful Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors

[44] The AGBC, the AGC, and the intervening Attorneys General unanimously submit that the Crown's conduct must rise to the level of "malice" — as defined in the tort of malicious prosecution — to attract liability for *Charter* damages. I do not agree. As I will explain, the malice standard is ill suited to the task of adjudicating allegations of wrongful non-disclosure.

une immunité restreinte à l'égard de mesures prises de bonne foi en vertu d'une loi que l'on croyait valide. Citant l'arrêt *Mackin*, la Juge en chef a fait remarquer dans *Ward* que, « sauf en cas de conduite atteignant le seuil minimal », aucune cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* n'est retenue en pareilles circonstances (par. 39).

[43] L'imposition d'un seuil de responsabilité plus élevé aura des conséquences à l'étape des actes de procédure. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit alléguer des faits suffisants pour révéler une cause d'action raisonnable : voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45. Si la prétendue violation de la *Charte* survient dans un contexte où les tribunaux ont imposé un seuil de responsabilité plus élevé, le demandeur doit préciser des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l'État atteint le seuil de gravité requis. L'omission de préciser de tels faits sera fatale à la demande. Ayant ces principes à l'esprit, je passe au seuil applicable au défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements.

C. *Établissement du seuil d'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

(1) La « malveillance » n'offre pas un seuil de responsabilité utile dans les cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements

[44] Le PGCB, le PGC ainsi que les procureurs généraux intervenants affirment tous que la conduite du ministère public doit constituer de la « malveillance » — au sens du délit de poursuite abusive — pour engager la responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'expliquerai, la norme de la malveillance se prête mal à la tâche de statuer sur des allégations de défaut injustifié de communiquer des renseignements.

(a) *The Malice Standard Articulated in the Malicious Prosecution Jurisprudence*

[45] The malice standard has been extensively canvassed in this Court's malicious prosecution trilogy — *Nelles*, *Proulx*, and *Miazga*. In *Nelles*, the Court ruled that Crown prosecutors do not enjoy absolute immunity from civil claims. Lamer J. (as he then was) held that policy considerations favour only a qualified immunity, and that Crown prosecutors are not shielded from claims of malicious prosecution. He outlined the four necessary elements of the malicious prosecution tort as follows: (1) legal proceedings "must have been initiated by the defendant"; (2) those proceedings "must have terminated in favour of the plaintiff"; (3) the defendant did not have "reasonable and probable cause" to initiate the proceedings; and (4) the defendant's conduct was characterized by "malice, or a primary purpose other than that of carrying the law into effect" (pp. 192-93).

[46] This final element was described by Lamer J. in the following terms:

> The required element of malice is for all intents, the equivalent of "improper purpose". It has . . . a "wider meaning than spite, ill-will, or a spirit of vengeance, and includes any other improper purpose, such as to gain a private collateral advantage" . . . . To succeed in an action for malicious prosecution against the Attorney General or Crown Attorney, the plaintiff would have to prove both the absence of reasonable and probable cause in commencing the prosecution, and malice in the form of a deliberate and improper use of the office of the Attorney General or Crown Attorney, a use inconsistent with the status of "minister of justice". In my view this burden on the plaintiff amounts to a requirement that the Attorney General or Crown Attorney perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice. [Emphasis in original; citation omitted.]

(*Nelles*, at pp. 193-94)

a) *La norme de la malveillance formulée dans la jurisprudence relative aux poursuites abusives*

[45] La norme de la malveillance a été examinée à fond dans la trilogie de notre Cour sur les poursuites abusives : les arrêts *Nelles*, *Proulx* et *Miazga*. Dans *Nelles*, la Cour a jugé que les procureurs de la Couronne ne jouissent pas d'une immunité absolue contre les réclamations civiles. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a estimé que des considérations de principe militent uniquement en faveur d'une immunité restreinte, et que les procureurs de la Couronne ne sont pas à l'abri des réclamations pour poursuite abusive. Il a énoncé comme suit les quatre éléments constitutifs du délit civil de poursuite abusive : (1) les procédures « ont été engagées par le défendeur »; (2) le tribunal « a rendu une décision favorable au demandeur »; (3) le défendeur n'avait pas « de motif raisonnable et probable » d'engager les procédures; et (4) la conduite du défendeur était caractérisée par une « intention malveillante ou un objectif principal autre que celui de l'application de la loi » (p. 192-193).

[46] C'est en ces termes que le juge Lamer a décrit le dernier élément :

> L'élément obligatoire de malveillance équivaut en réalité à un « but illégitime ». [. . .] [L]a malveillance [TRADUCTION] « veut dire davantage que la rancune, le mauvais vouloir ou un esprit de vengeance, et comprend tout autre but illégitime, par exemple, celui de se ménager accessoirement un avantage personnel » [. . .] Pour avoir gain de cause dans une action pour poursuites abusives intentée contre le procureur général ou un procureur de la Couronne, le demandeur doit prouver à la fois l'absence de motif raisonnable et probable pour engager les poursuites et la malveillance prenant la forme d'un exercice délibéré et illégitime des pouvoirs de procureur général ou de procureur de la Couronne, et donc incompatible avec sa qualité de « représentant de la justice ». À mon avis, ce fardeau incombant au demandeur revient à exiger que le procureur général ou le procureur de la Couronne ait commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il ait abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle. [Souligné dans l'original; référence omise.]

(*Nelles*, p. 193-194)

[47] In *Proulx*, the Court applied this standard in the Quebec civil law context. Iacobucci and Binnie JJ. affirmed that malice requires "more than recklessness or gross negligence" (para. 35). Rather, the plaintiff must demonstrate "a willful and intentional effort on the Crown's part to abuse or distort its proper role within the criminal justice system" (*ibid.*). *Proulx* was a case where the plaintiff was successful in proving malice on "highly exceptional" facts (para. 44). Iacobucci and Binnie JJ. found that the Crown made "an active effort to obtain a conviction at any price" by misleading the court, and thus stepped out of its proper role as minister of justice (paras. 41 and 45). Furthermore, the prosecutor's actions were motivated by an improper purpose since he allowed his office to be used to the ends of a private individual. Given these circumstances, his conduct amounted to "an abuse of prosecutorial power" that crossed the boundary set out in *Nelles* (paras. 44-45).

[48] *Miazga* is this Court's most recent decision involving the tort of malicious prosecution, in which Charron J. reiterated that "malice in the form of improper purpose is the key to proving malicious prosecution" (para. 8). This high standard was, in her view, justified by the need to give prosecutors a sphere of independence from judicial scrutiny:

> It is readily apparent from its constituent elements that the tort of malicious prosecution targets the decision to initiate or continue with a criminal prosecution. When taken by a Crown prosecutor, this decision is one of the "core elements" of prosecutorial discretion, thus lying "beyond the legitimate reach of the court" under the constitutionally entrenched principle of independence . . . . [Citation omitted; para. 6.]

[49] It is a bedrock principle that the exercise of core prosecutorial discretion is immune from judicial review, subject only to the doctrine of abuse of process: see *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 48; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, at para. 32. Abuse of process may be found where the Crown's

[47] Dans *Proulx*, la Cour a appliqué cette norme dans le contexte du droit civil québécois. Les juges Iacobucci et Binnie ont confirmé que la malveillance exige « plus que l'insouciance ou la négligence grave » (par. 35). Le demandeur doit plutôt démontrer « un effort délibéré de la part du ministère public pour abuser de son propre rôle ou de le dénaturer dans le cadre du système de justice pénale » (*ibid.*). Dans l'affaire *Proulx*, le demandeur était parvenu à établir la malveillance sur la base de faits « très exceptionnels » (par. 44). Selon les juges Iacobucci et Binnie, le ministère public avait fait « un effort conscient en vue d'obtenir une déclaration de culpabilité à tout prix » en trompant le tribunal, et a ainsi outrepassé son rôle de représentant de la justice (par. 41 et 45). En outre, les actes du poursuivant étaient motivés par un but illégitime, car il a permis que sa fonction serve les desseins d'un particulier. Vu ces circonstances, sa conduite représentait « un usage illégitime du pouvoir de poursuivre » qui a franchi la limite fixée dans *Nelles* (par. 44-45).

[48] *Miazga* est l'arrêt le plus récent de notre Cour portant sur le délit civil de poursuite abusive. La juge Charron y a rappelé que « l'élément de la malveillance sous forme de but illégitime est la clé pour prouver le caractère abusif des poursuites » (par. 8). Cette norme élevée lui semblait justifiée par le besoin d'accorder aux poursuivants une certaine indépendance vis-à-vis du contrôle judiciaire :

> D'emblée, il appert de ses éléments constitutifs que le délit civil de poursuites abusives vise la décision d'engager ou de continuer une poursuite criminelle. Prise par un procureur de la Couronne, cette décision constitue l'un des éléments essentiels du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, de sorte qu'elle « ne relève pas de la compétence légitime du tribunal » suivant le principe de l'indépendance du ministère public consacré par la Constitution . . . [Référence omise; par. 6.]

[49] Un principe fondamental veut que l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites échappe au contrôle judiciaire, sous réserve uniquement de la règle de l'abus de procédure : voir *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 48; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, par. 32. Il

conduct "shocks the community's conscience" or "offends its sense of fair play and decency": *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 41. The presence of bad faith and improper motives may indicate this type of conduct: see *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, at para. 68; *Anderson*, at para. 49.

[50] Seen in this light, the malice standard under the tort of malicious prosecution generally operates as an analogue in private law to the doctrine of abuse of process. The link between these two standards was made clear in *Miazga*:

> Where an accused is wrongly prosecuted as a result of the prosecutor's abusive actions, he or she may bring an action in malicious prosecution. Like the test for abuse of process, however, there is a stringent standard that must be met before a finding of liability will be made, in order to ensure that courts do not simply engage in the second-guessing of decisions made pursuant to a Crown's prosecutorial discretion. [Emphasis added; para. 49.]

In highlighting this link, I should be clear that malice and abuse of process are distinct standards that have their respective areas of application in private and public law. That said, they have a similar purpose: they are high standards *deliberately designed* to capture only very serious conduct that undermines the integrity of the judicial process. By preserving this high bar for judicial intervention, the exercise of prosecutorial discretion can be properly protected.

[51] It is evident that the malice standard will only be met in exceptional cases where the plaintiff can prove, on a balance of probabilities, that a prosecutor's decision to initiate or continue a prosecution was driven by an improper purpose or motive. To be improper, that purpose or motive must be wholly inconsistent with Crown counsel's role as minister of justice. *Miazga* makes this point abundantly clear. As Charron J. observed, "[m]alice requires a plaintiff to prove that the prosecutor *wilfully* perverted

est possible de conclure à l'existence d'un abus de procédure lorsque la conduite du ministère public « choque la conscience de la communauté ou heurte son sens du franc-jeu et de la décence » : *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 41. La présence de mauvaise foi et de motifs illégitimes peut signaler une conduite de ce genre : voir *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, par. 68; *Anderson*, par. 49.

[50] Vue sous cet angle, la norme de la malveillance visée par le délit civil de poursuite abusive s'applique généralement comme pendant, en droit privé, de la règle de l'abus de procédure. La Cour a clairement établi le lien entre ces deux normes dans *Miazga* :

> L'accusé poursuivi à tort au pénal par suite du comportement abusif du procureur de la Couronne dispose d'un recours au civil. Toutefois, comme dans le cas de l'abus de procédure, il doit satisfaire à des conditions strictes de façon que le tribunal ne mette pas simplement en doute rétrospectivement la décision prise à l'issue de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de poursuites. [Je souligne; par. 49.]

En soulignant ce lien, je dois affirmer clairement que la malveillance et l'abus de procédure sont des normes distinctes ayant chacune son propre champ d'application en droit privé et en droit public. Cela dit, ils partagent le même objet : il s'agit de normes rigoureuses *conçues délibérément* pour s'appliquer uniquement dans les cas de comportement très grave qui mine l'intégrité du processus judiciaire. En préservant ce critère exigeant d'intervention judiciaire, on peut protéger convenablement l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

[51] De toute évidence, le demandeur ne satisfera à la norme de la malveillance que dans les cas exceptionnels où il peut établir, selon la prépondérance des probabilités, que la décision du poursuivant d'engager ou de continuer une poursuite était motivée par un but ou un motif illégitime. Ce but ou motif illégitime doit être tout à fait incompatible avec le rôle de l'avocat du ministère public en tant que représentant de la justice. C'est ce que précise clairement l'arrêt *Miazga*. Comme l'a fait

or abused the office of the Attorney General or the process of criminal justice" (para. 80 (emphasis in original)). She went on to emphasize that conduct merely reflecting "incompetence, inexperience, poor judgment, lack of professionalism, laziness, recklessness, honest mistake, negligence, or even gross negligence" will necessarily fall short (para. 81 (emphasis added)).

observer la juge Charron, « [p]our établir la malveillance, le demandeur doit prouver que le poursuivant a *délibérément* abusé des pouvoirs du procureur général ou qu'il a perverti le processus de justice criminelle » (par. 80 (en italique dans l'original)). Elle a poursuivi en signalant que la conduite qui témoigne simplement de l'« incompétence, [l']inexpérience, [du] manque de discernement ou de professionnalisme, de [la] paresse, de [l']insouciance, [d'une] erreur de bonne foi, de [la] négligence ou même de [la] négligence grave » n'atteindra nécessairement pas le seuil de la malveillance (par. 81 (je souligne)).

(b) *The Malice Standard is Not Applicable to Claims for Charter Damages Alleging Wrongful Non-disclosure*

b) *La norme de la malveillance ne s'applique pas aux demandes de dommages-intérêts en vertu de la Charte pour défaut injustifié de communiquer des renseignements*

[52] The Attorneys General advance several arguments in favour of imposing malice as the liability threshold necessary to sustain a *Charter* damages award in this case. These arguments effectively boil down to a single core submission: the balancing of policy factors in *Nelles* — which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice — is also dispositive here. Indeed, the heart of the AGBC's submission is that "the specific cause of action alleged is immaterial to the policy rationale which underlies the immunity" (R.F., at para. 38). In other words, it is irrelevant that the claim at issue is brought under s. 24(1) of the *Charter*. If the qualified immunity in *Nelles* is to be effective, it must be treated as a general principle of law that applies equally to a claim for *Charter* damages as it does to an action in tort (*ibid.*, at paras. 69-71).

[52] Les procureurs généraux invoquent plusieurs arguments favorables à l'imposition de la malveillance comme seuil de responsabilité à atteindre pour justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en l'espèce. Ces arguments se résument en fait à une seule thèse fondamentale : la mise en balance des considérations de principe retenues dans *Nelles* — qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l'absence d'une démonstration de malveillance — tranche également la présente affaire. En fait, le PGCB soutient essentiellement que [TRADUCTION] « la cause d'action précise alléguée n'a rien à voir avec la raison de principe qui sous-tend l'immunité » (m.i., par. 38). Autrement dit, il importe peu que la demande en cause soit présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Pour que l'immunité restreinte établie dans *Nelles* soit efficace, il faut la considérer comme un principe général de droit qui s'applique autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* qu'à une action en responsabilité délictuelle (*ibid.*, par. 69-71).

[53] The AGBC makes a number of points in support of this submission. First, it argues that *Nelles* "assumed that an immunity rule would equally apply to a claim for *Charter* damages", and that "this was

[53] Le PGCB fait valoir un certain nombre d'éléments à l'appui de cette thèse. Premièrement, il soutient que, dans *Nelles*, la Cour [TRADUCTION] « a tenu pour acquis qu'une règle d'immunité s'appliquerait

one of the considerations that led the Court to reject absolute immunity" in favour of a qualified immunity based on malice (R.F., at para. 60). In support of this assertion, it cites the following passage from *Nelles*:

> Granting an absolute immunity to prosecutors is akin to granting a license to subvert individual rights. Not only does absolute immunity negate a private right of action, but in addition, it seems to me, it may be that it would effectively bar the seeking of a remedy pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. [p. 195]

According to the AGBC, the choice of a qualified rather than absolute immunity was meant to preserve the availability of damages in tort *and* under the *Charter*, and it is therefore implicit in *Nelles* that the liability threshold required in relation to tort actions would necessarily extend to s. 24(1) claims.

[54] Second, the AGBC emphasizes that *Ward* expressly connected the availability of *Charter* damages for prosecutorial misconduct to the tort of malicious prosecution:

> Different situations may call for different thresholds, as is the case at private law. Malicious prosecution, for example, requires that "malice" be proven because of the highly discretionary and quasi-judicial role of prosecutors . . . . When appropriate, private law thresholds and defences may offer guidance in determining whether s. 24(1) damages would be "appropriate and just". While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of "practical wisdom" concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state.

(*Ward*, at para. 43)

tout autant à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* » et que « cette considération figurait parmi celles qui avaient amené la Cour à écarter l'immunité absolue » en faveur d'une immunité restreinte fondée sur la malveillance (m.i., par. 60). Pour appuyer cette affirmation, il cite le passage suivant de *Nelles* :

> Accorder aux poursuivants une immunité absolue revient à leur donner toute latitude pour léser les droits individuels. Non seulement l'immunité absolue réduit à néant le droit des particuliers d'intenter des actions, mais en outre, me semble-t-il, il se peut qu'elle rende impossible l'exercice d'un recours en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. [p. 195]

Selon le PGCB, on a opté pour une immunité restreinte plutôt que l'immunité absolue afin de conserver la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en responsabilité délictuelle *et* en vertu de la *Charte*, et la Cour indique donc implicitement dans *Nelles* que le seuil de responsabilité à atteindre dans le cas des actions en responsabilité délictuelle s'appliquerait nécessairement aux demandes fondées sur le par. 24(1).

[54] Deuxièmement, le PGCB souligne que l'arrêt *Ward* fait expressément le lien entre la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour inconduite du poursuivant et le délit civil de poursuite abusive :

> Différentes situations appelleront sans doute différents seuils, comme c'est le cas en droit privé. Par exemple, pour qu'une poursuite soit jugée abusive, il faut prouver une « intention malveillante », vu le pouvoir éminemment discrétionnaire et le rôle quasi judiciaire des procureurs [. . .] Dans certains cas pertinents, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à déterminer si l'octroi de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) est « convenable et juste ». Certes, le seuil de responsabilité applicable sous le régime de la *Charte* est distinct et indépendant de celui établi en droit privé, mais les causes d'action existantes contre les représentants de l'État recèlent une certaine « sagesse pratique » à l'égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l'État à verser des dommages-intérêts.

(*Ward*, par. 43)

The AGBC argues that the malice standard established in *Nelles* and elaborated in *Proulx* and *Miazga* has withstood the test of time, and is a sound and workable standard for civil claims against prosecutors. It embodies "practical wisdom" and represents a "careful balance" of competing concerns — on the one hand, "the need to ensure that the common law is responsive to claims of wrongful prosecution", and on the other, the "the powerful policy considerations that support the existence of a qualified immunity" (R.F., at para. 72). In the AGBC's view, there is no reason to depart from this careful balance when a claim alleging prosecutorial misconduct is framed as a claim for *Charter* damages under s. 24(1). While liability thresholds developed under the *Charter* are intended to be distinct from those in private law, it does not follow that common law immunities should simply be abandoned in the face of a *Charter* damages claim.

Selon le PGCB, la norme de la malveillance établie dans *Nelles* puis explicitée dans *Proulx* et *Miazga* a résisté à l'épreuve du temps et constitue une norme solide et pratique pour les poursuites civiles engagées contre les poursuivants. Elle recèle une « sagesse pratique » et représente un « juste équilibre » entre des préoccupations opposées — d'une part, [TRADUCTION] « la nécessité de veiller à ce que la common law soit adaptée aux réclamations pour poursuite abusive » et, d'autre part, « les considérations de principe puissantes qui appuient l'existence d'une immunité restreinte » (m.i., par. 72). De l'avis du PGCB, il n'y a aucune raison d'écarter ce juste équilibre lorsqu'une demande pour inconduite du poursuivant prend la forme d'une demande de dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Bien que les seuils de responsabilité élaborés sous le régime de la *Charte* soient censés être distincts de ceux en droit privé, les immunités de common law ne devraient pas pour autant être simplement abandonnées en présence d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[55] Third, the AGBC argues that exempting s. 24(1) claims from the malice standard would have adverse consequences. If a claimant can prevail on a lower liability threshold in a *Charter* damages claim than under a related common law tort, the qualified immunity will lose much of its force and the careful balance of policy factors struck in *Nelles* will be destabilized.

[55] Troisièmement, le PGCB soutient que le fait de soustraire les demandes fondées sur le par. 24(1) à la norme de la malveillance aurait des conséquences néfastes. Si un demandeur peut avoir gain de cause grâce à l'application, à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, d'un seuil de responsabilité moins élevé que le seuil applicable à un délit civil connexe en common law, l'immunité restreinte perdra une bonne partie de sa force et le juste équilibre des considérations de principe établi dans *Nelles* s'en trouvera ébranlé.

[56] With respect, I do not find these points persuasive. In my view, *Nelles* and its progeny are not dispositive in this case, and malice does not provide a useful liability threshold for *Charter* damages claims alleging wrongful non-disclosure by prosecutors. I come to this conclusion for several reasons.

[56] Soit dit en tout respect, j'estime que ces éléments ne sont pas convaincants. À mon sens, l'arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne permettent pas de trancher la présente affaire, et la malveillance ne fournit pas un seuil de responsabilité utile dans le cas des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* dans lesquelles on allègue le défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements. J'arrive à cette conclusion pour plusieurs raisons.

[57] First, the malice standard is firmly rooted in the tort of malicious prosecution, which has a distinctive history and purpose. The tort is a judicial creation of the 18th century, when prosecutions were carried out by private litigants: *Miagza*, at para. 42. This historical peculiarity should give us pause when we are called upon to transplant elements of this tort into new contexts far beyond those envisioned at the time of its creation. As Charron J. warned in *Miazga*:

> Given that the tort of malicious prosecution predates the development of our contemporary system of public prosecutions, courts must take care not to simply transpose the principles established in suits between private parties to cases involving Crown defendants without necessary modification. [para. 44]

[58] Second, the purpose of the malicious prosecution tort must be kept in mind in determining whether to expand the reach of the malice standard. Recall that the wrongdoing targeted by this tort is the decision to initiate or continue an improperly motivated prosecution. In contrast, the alleged wrongdoing at issue in this case is markedly different — the Crown's failure to discharge its constitutional obligations to disclose relevant information to Mr. Henry.

[59] The malice standard translates awkwardly into cases where the alleged misconduct is wrongful non-disclosure. Malice requires a showing of improper purpose on the part of the prosecutor. This "improper purpose" inquiry is apt when the impugned conduct is a highly discretionary decision such as the decision to initiate or continue a prosecution, because discretionary decision-making can best be evaluated by reference to the decision-maker's motives. Unlike the decision to initiate or continue a prosecution, the decision to disclose relevant information is not discretionary. Rather, disclosure is a constitutional obligation which must be properly discharged by the Crown in accordance with an accused's right to make full answer and defence, as guaranteed under ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*: see

[57] En premier lieu, la norme de la malveillance est fermement enracinée dans le délit de poursuite abusive, qui a son propre historique et son propre objet. Le délit civil a été créé par les tribunaux au XVIII^e^ siècle, à une époque où les poursuites pénales étaient le fait de particuliers : *Miazga*, par. 42. Cette particularité de l'histoire devrait nous donner matière à réflexion lorsque nous sommes appelés à transposer des éléments de ce délit dans de nouveaux contextes qui vont bien au-delà de ceux envisagés au moment de sa création. La juge Charron a fait la mise en garde suivante dans *Miazga* :

> Étant donné que le délit de poursuites abusives est antérieur à notre système actuel de poursuites pénales publiques, les tribunaux doivent se garder de simplement appliquer les principes issus d'affaires opposant des personnes privées aux litiges dans lesquels le ministère public est partie défenderesse, sans faire les adaptations nécessaires. [par. 44]

[58] En deuxième lieu, il faut garder à l'esprit l'objet du délit de poursuite abusive lorsqu'on décide s'il y a lieu d'élargir la portée de la norme de la malveillance. Rappelons que la faute visée par ce délit est la décision d'engager ou de continuer une poursuite au motif illégitime. Par contre, la faute reprochée en l'espèce est nettement différente — le défaut du ministère public de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de communiquer à M. Henry des renseignements pertinents.

[59] La norme de la malveillance s'applique mal dans les affaires où l'inconduite alléguée est le défaut de communiquer des renseignements. Pour établir la malveillance, il faut démontrer que le poursuivant avait un but illégitime. Cet examen du « but illégitime » est approprié lorsque la conduite reprochée est une décision hautement discrétionnaire comme celle d'engager ou de continuer une poursuite, parce que la meilleure façon d'évaluer la prise d'une décision discrétionnaire est de le faire en fonction des motifs du décideur. Contrairement à la décision d'engager ou de continuer une poursuite, la décision de communiquer des renseignements pertinents n'est pas de nature discrétionnaire. La communication des renseignements est plutôt une obligation constitutionnelle dont doit s'acquitter convenablement

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 336; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 5.

le ministère public, en harmonie avec le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière que garantissent l'art. 7 et l'al. 11*d*) de la *Charte* : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 5.

[60] I readily acknowledge that disclosure decisions often involve difficult judgment calls. As the intervener Attorney General of Ontario observes, disclosure decisions may require consideration of numerous factors, such as whether the information is subject to special protections for sexual assault complainants, special considerations concerning highly sensitive material, or one of the various privileges that attach to information obtained in the course of a criminal prosecution. Even the basic question of relevance may be difficult to assess before the Crown is made aware of the defence theory of the case, and where disclosure requests are not explained or particularized. Furthermore, disclosure obligations are ongoing, which requires prosecutors to continuously evaluate the information in their possession.

[60] Je reconnais volontiers que les décisions en matière de communication de renseignements sont souvent le fruit d'une réflexion ardue. Comme le fait remarquer l'intervenant le procureur général de l'Ontario, ces décisions peuvent exiger la prise en considération de nombreux facteurs, tels que la question de savoir si les renseignements font l'objet de protections particulières accordées aux plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, des considérations particulières relatives à des documents très délicats, ou l'un des divers privilèges qui s'appliquent aux renseignements recueillis au cours d'une poursuite pénale. Même la question élémentaire de la pertinence peut être difficile à résoudre avant que le ministère public ne soit informé de la thèse de la défense et lorsque les demandes de communication ne sont ni expliquées, ni précisées. En outre, l'obligation de communication est constante, ce qui oblige les poursuivants à évaluer sans arrêt les renseignements en leur possession.

[61] However, while I recognize that disclosure decisions pose challenges for prosecutors, they do not implicate the high degree of discretion involved in the decision to initiate or continue a prosecution. As described in Crown policy manuals throughout the country, the decision to lay charges is governed by two primary factors: first, whether there is a reasonable prospect of conviction and second, whether the prosecution would be in the public interest. Manifestly, the "public interest" factor puts substantial discretion in the hands of Crown counsel. That discretion gives prosecutors such a high degree of latitude that the only plausible way to contest it is to assess the underlying motives. No such discretion exists in the disclosure context, and it is therefore unhelpful to require proof of an improper purpose in an action alleging wrongful non-disclosure. Given that disclosure decisions are not a matter of discretion, the

[61] Toutefois, bien que je reconnaisse que les décisions en matière de communication de renseignements posent des défis pour les poursuivants, elles n'ont pas le caractère hautement discrétionnaire de la décision d'engager ou de continuer une poursuite. Comme l'indiquent les guides en matière de poursuites partout au Canada, la décision de porter des accusations est régie par deux facteurs principaux : premièrement, l'existence d'une possibilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité et, deuxièmement, l'opportunité de la poursuite eu égard à l'intérêt public. De toute évidence, le facteur de « l'intérêt public » confère un pouvoir discrétionnaire considérable aux avocats du ministère public. Ce pouvoir discrétionnaire leur donne une telle latitude que la seule façon plausible de le contester consiste à évaluer les motifs sous-jacents. Il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre dans le

motives of the prosecutor in withholding certain information from the accused are immaterial.

[62] Third, the decision to initiate or continue a prosecution falls within the core of prosecutorial discretion, whereas disclosure decisions do not. Whether in private or public law, the threshold to intrude upon that core discretion must be onerous, since it squarely implicates the independence of prosecutors. As this Court held in *Krieger*:

> Prosecutorial discretion refers to the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence.
>
> . . .
>
> . . . these powers emanate from the office holder's role as legal advisor of and officer to the Crown. In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts . . . . [paras. 43 and 45]

Both malice and abuse of process therefore represent very high thresholds deliberately chosen to insulate core prosecutorial functions from judicial scrutiny. In contrast, disclosure decisions are not part of core prosecutorial discretion:

> In *Stinchcombe*, . . . the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the

contexte de la communication des renseignements, et il est donc inutile d'exiger la preuve d'un but illégitime dans le cadre d'une action pour défaut injustifié de communiquer des renseignements. Puisque les décisions en matière de communication des renseignements ne sont pas de nature discrétionnaire, les motifs du poursuivant qui ne dévoile pas certains renseignements à l'accusé n'ont aucune importance.

[62] Troisièmement, la décision d'engager ou de continuer une poursuite est prise dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant alors que ce n'est pas le cas des décisions en matière de communication. Que ce soit en droit privé ou en droit public, le seuil à atteindre pour s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire essentiel doit être élevé, car il met nettement en jeu l'indépendance des poursuivants. Comme l'a conclu notre Cour dans *Krieger* :

> [L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites »] [. . .] vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices.
>
> . . .
>
> . . . ces pouvoirs émanent du rôle du titulaire de la charge à titre de conseiller juridique et de représentant de l'État. Dans notre système gouvernemental, c'est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l'un de ses mandataires a prise dans l'exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [. . .] font preuve de retenue à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 43 et 45]

La malveillance et l'abus de procédure constituent donc tous deux des seuils très élevés qui ont été délibérément retenus pour soustraire les fonctions essentielles du poursuivant au contrôle judiciaire. Par contre, les décisions en matière de communication de renseignements ne ressortissent pas à son pouvoir discrétionnaire essentiel :

> Dans l'arrêt *Stinchcombe*, [. . .] notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la

defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not . . . a matter of prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [*ibid.*, at para. 54]

[63] In *Anderson*, this Court held that "the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused", and that "prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence" (para. 45). This suggests that disclosure decisions will not necessarily warrant the same level of protection from judicial scrutiny as the decision to initiate or continue a prosecution. Indeed, in the course of criminal trials, disclosure is routinely subject to judicial review. This review is not predicated on a showing of abuse of process. Likewise, in an action for *Charter* damages, a threshold lower than malice is justified when a court is asked to determine whether the Crown is liable for wrongful non-disclosure.

[64] Finally, a purposive approach to s. 24(1) militates against the malice standard. As this Court held in *Dunedin*, "s. 24(1), like all *Charter* provisions, commands a broad and purposive interpretation" and "must be construed generously, in a manner that best ensures the attainment of its objects" (para. 18). Section 24(1) guarantees that rights are upheld by granting "effective remedies" to claimants, and is crucial to the overall structure of the *Charter* because "a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach" (*ibid.*, at paras. 19-20).

défense tous les renseignements pertinents. [. . .] [B]ien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer des renseignements non pertinents, la communication d'éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire, mais plutôt d'obligation de sa part. [*ibid.*, par. 54]

[63] Dans *Anderson*, notre Cour a déclaré que « le ministère public n'a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé », et que « le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s'est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense » (par. 45). Il faut croire que les décisions en matière de communication de la preuve ne bénéficient pas nécessairement de la même protection contre le contrôle judiciaire que la décision d'engager ou de continuer une poursuite. D'ailleurs, la communication des renseignements fait couramment l'objet d'un contrôle judiciaire lors des procès criminels. Ce contrôle ne dépend pas de la démonstration d'un abus de procédure. De même, dans une action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, un seuil inférieur à la malveillance est justifié lorsque le tribunal est appelé à décider si le ministère public doit être tenu responsable d'un défaut injustifié de communiquer des renseignements.

[64] Enfin, une interprétation téléologique du par. 24(1) milite à l'encontre de la norme de la malveillance. Notre Cour a conclu dans *Dunedin* que, « comme toutes les autres dispositions de la *Charte*, le par. 24(1) commande une interprétation large et téléologique [. . .] et doit être interprété de la manière la plus généreuse qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (par. 18). En accordant aux demandeurs des « réparations efficaces », le par. 24(1) garantit la protection des droits et il est crucial pour la structure globale de la *Charte* parce qu'« un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus » (*ibid.*, par. 19-20).

[65] In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, Iacobucci and Arbour JJ. stressed the importance of a purposive approach to remedies under s. 24(1):

> A purposive approach to remedies in a *Charter* context gives modern vitality to the ancient maxim *ubi jus, ibi remedium*: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies. [Emphasis in original; para. 25.]

In my view, restricting the availability of *Charter* damages for wrongful non-disclosure to cases where the Crown acted with malice would offer neither a responsive nor effective remedy to claimants. A malice standard grounded in "improper purpose" sets too high a bar, and fails to respond adequately to the state conduct at issue. It is also not well suited to the disclosure context. A threshold specifically tailored to that context is preferable.

[66] For these reasons, I reject the application of the malice standard. In doing so, I do not in any way seek to undercut this Court's malicious prosecution jurisprudence. The qualified immunity established in *Nelles* continues to govern tort actions for malicious prosecution. Furthermore, as I will explain, while the malice standard is not directly applicable, the policy factors outlined in *Nelles* inform the liability threshold in this case.

[65] Dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, les juges Iacobucci et Arbour ont souligné l'importance de donner une interprétation téléologique aux réparations fondées sur le par. 24(1) :

> L'interprétation téléologique des réparations dans le contexte de la *Charte* actualise l'ancienne maxime *ubi jus, ibi remedium*, là où il y a un droit, il y a un recours. Plus particulièrement, cette interprétation comporte au moins deux exigences, à savoir, premièrement, favoriser la réalisation de l'objet du droit garanti (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations adaptées à la situation), et deuxièmement, favoriser la réalisation de l'objet des dispositions réparatrices (les tribunaux sont tenus d'accorder des réparations efficaces). [Souligné dans l'original; par. 25.]

Selon moi, le fait de restreindre aux cas où le ministère public a agi avec malveillance la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour défaut injustifié de communiquer des renseignements offrirait aux demandeurs une réparation qui n'est ni adaptée à la situation, ni efficace. Une norme de malveillance fondée sur un « but illégitime » place la barre trop haut et ne constitue pas une réponse adéquate à la conduite en cause de l'État. De même, elle ne convient pas dans le contexte de la communication de renseignements. Il est préférable d'appliquer un seuil adapté spécifiquement à ce contexte.

[66] Pour ces motifs, je rejette l'application de la norme de la malveillance. Ce faisant, je ne cherche aucunement à miner la jurisprudence de notre Cour sur les poursuites abusives. L'immunité restreinte établie dans *Nelles* régit toujours les actions en responsabilité délictuelle pour poursuite abusive. De plus, comme je l'expliquerai, bien que la norme de la malveillance ne s'applique pas directement, les considérations de principe énoncées dans *Nelles* éclairent le seuil de responsabilité applicable en l'espèce.

(2) Policy Concerns Informing the Liability Threshold for Wrongful Non-disclosure

[67] Disclosure is one of the Crown's fundamental obligations in a criminal prosecution. The Crown is duty-bound to disclose relevant information to the defence, and this obligation is a continuing one. This stringent and, at times, heavy burden on the Crown guarantees an accused's ability to make full answer and defence. Indeed, this was precisely the reason that the Court affirmed a *constitutional* right to disclosure more than two decades ago in *Stinchcombe*:

> . . . there is [an] overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Citation omitted; p. 336.]

[68] Canadians thus rightly expect that the Crown will fulfill its disclosure obligations with diligence and rigour. By and large, Crown attorneys working on the front lines of our criminal justice system exceed these expectations on a daily basis. I pause here to note that Mr. Henry's allegations of non-disclosure arise, in the main, from events that occurred during the pre-*Stinchcombe* era, when Crown disclosure practices were not as robust as they are today. Nevertheless, our system remains imperfect, and wrongful failure to disclose is not a mere hypothetical — it can, and does, happen, sometimes taking an extraordinary human toll and resulting in serious harm to the administration of justice.

(2) Les préoccupations de principe qui appuient le seuil de responsabilité applicable en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[67] La communication de la preuve est l'une des obligations fondamentales incombant au ministère public dans une poursuite pénale. Le ministère public a le devoir de communiquer à la défense les renseignements pertinents et cette obligation est constante. Ce fardeau rigoureux et parfois lourd qui incombe au ministère public garantit la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, c'est précisément la raison pour laquelle, il y a plus de 20 ans, la Cour a confirmé dans *Stinchcombe* le droit *constitutionnel* à la communication des renseignements :

> . . . il y a surtout [une] crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [. . .] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Référence omise; p. 336.]

[68] Les Canadiens et les Canadiennes s'attendent donc, à juste titre, à ce que le ministère public s'acquitte de ses obligations de communication avec diligence et rigueur. Dans l'ensemble, les procureurs du ministère public qui œuvrent en première ligne de notre système de justice pénale dépassent chaque jour ces attentes. Je m'arrête ici pour souligner que les allégations de défaut de communiquer des renseignements formulées par M. Henry découlent principalement d'événements survenus avant l'arrêt *Stinchcombe*, à une époque où les pratiques du ministère public en matière de communication de renseignements étaient moins rigoureuses qu'elles ne le sont aujourd'hui. Néanmoins, notre système demeure imparfait et le défaut injustifié de communiquer des renseignements n'est pas qu'une simple hypothèse : il peut se produire et se produit effectivement, occasionnant parfois des coûts humains énormes et portant gravement atteinte à l'administration de la justice.

[69] At the same time, all failures to disclose are not made equal. Highly blameworthy conduct, such as the intentional suppression of crucial evidence to obtain a conviction at all costs, sits at one end of the spectrum. At the other, one finds good faith errors in judgment about the relevance of certain tangential information. Both scenarios constitute a breach of an accused's *Charter* rights. Yet, manifestly, these scenarios do not possess the same persuasive force in terms of justifying a *Charter* damages award under s. 24(1).

[70] Given the complex nature of many disclosure decisions, courts should be exceedingly wary of setting a liability threshold that would award *Charter* damages for even minor instances of wrongful non-disclosure. Crown counsel will, from time to time, make good faith errors. Exposing prosecutors to potential liability every time such errors are made would, in my view, interfere with the proper execution of prosecutorial functions. Setting the liability threshold too low would also pose a considerable risk that baseless damages claims against the Crown would proliferate.

[71] These compelling good governance concerns — raised in *Nelles* and its progeny — must be taken into account in determining the appropriate liability threshold for cases of wrongful non-disclosure. As the Chief Justice held in *Ward*, "the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state" (para. 22). There are two policy considerations from the malicious prosecution trilogy that I wish to emphasize. First, the liability threshold must ensure that Crown counsel will not be diverted from their important public duties by having to defend against a litany of civil claims. Second, the liability threshold must avoid

[69] Par ailleurs, tous les manquements à la communication des renseignements n'ont pas la même gravité. Une conduite hautement blâmable, telle la suppression délibérée d'éléments de preuve cruciaux en vue de l'obtention d'une déclaration de culpabilité à tout prix, se situe à une extrémité du spectre. On trouve à l'autre extrémité les erreurs de jugement commises de bonne foi quant à la pertinence de certains renseignements indirects. Ces deux scénarios constituent des atteintes aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Pourtant, ces scénarios n'ont manifestement pas la même force persuasive pour ce qui est de justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

[70] Vu la complexité de nombreuses décisions en matière de communication de la preuve, les tribunaux doivent être excessivement réticents à fixer un seuil de responsabilité qui donnerait lieu à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* même dans des cas mineurs de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les avocats du ministère public font parfois des erreurs de bonne foi. À mon avis, exposer les poursuivants au risque que leur responsabilité soit engagée chaque fois que pareilles erreurs sont commises nuirait au bon exercice de leurs fonctions. Fixer un seuil de responsabilité trop bas risquerait grandement d'entraîner la multiplication des poursuites en dommages-intérêts sans fondement contre le ministère public.

[71] Il faut tenir compte de ces préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement — évoquées dans l'arrêt *Nelles* et les jugements rendus dans sa foulée — pour établir le seuil de responsabilité qui convient aux cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Comme l'a déclaré la Juge en chef dans *Ward*, « les considérations sous-jacentes de politique générale qui interviennent dans la décision d'ordonner à des représentants de l'État de verser des dommages-intérêts de droit privé peuvent être pertinentes lorsqu'il s'agit de contraindre directement l'État à verser des dommages-intérêts de droit public » (par. 22). Je tiens à souligner deux préoccupations de politique générale qui se dégagent de la trilogie sur les poursuites abusives. Premièrement, le

a widespread "chilling effect" on the behaviour of prosecutors.

[72] The first concern — diversion from duties — underscores the need for a high liability threshold. In the disclosure process, mistakes are certainly the exception rather than the rule. That said, if every minor instance of wrongful non-disclosure were to expose prosecutors to liability for *Charter* damages, they would find themselves spending much of their limited time and energy responding to lawsuits rather than doing their jobs. They "would be constantly enmeshed in an avalanche of interlocutory civil proceedings and civil trials", an outcome that "bode[s] ill for the efficiency of [Crown prosecutors] and the quality of our criminal justice system": *Elguzouli-Daf v. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), at p. 349. That avalanche would no doubt contain a few strong claims of serious wrongful non-disclosure, but would invariably bring with it scores of meritless claims, each of which would have to be defended at the expense of core Crown functions. The collective interest of Canadians is best served when Crown counsel are able to focus on their primary responsibility — the fair and effective prosecution of crime. In my view, the liability threshold must allow for strong claims to be heard on their merits, while guarding against a proliferation of marginal cases.

[73] The second policy concern — the chilling effect on Crown counsel — also supports a high liability threshold. Fear of civil liability may lead to defensive lawyering by prosecutors. One consequence of this defensive approach would be disclosure decisions motivated less by legal principle than by a calculated effort to ward off the spectre

seuil de responsabilité doit faire en sorte que les avocats du ministère public ne soient pas détournés de leurs fonctions publiques importantes par l'obligation de se défendre contre une multitude de poursuites civiles. Deuxièmement, ce seuil doit permettre d'éviter un « effet paralysant » généralisé sur le comportement des poursuivants.

[72] La première préoccupation — le détournement des fonctions — fait ressortir la nécessité d'un seuil de responsabilité élevé. Dans le processus de communication de la preuve, les erreurs sont assurément l'exception et non la règle. Cela dit, si chaque cas mineur de défaut injustifié de communiquer des renseignements exposait les poursuivants à la responsabilité à l'égard des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils consacreraient beaucoup de leur temps et de leur énergie limités à se défendre contre des poursuites plutôt qu'à faire leur travail. Ils [TRADUCTION] « seraient constamment empêtrés dans une avalanche de procédures civiles interlocutoires et de procès civils », un résultat qui « n'augurerait rien de bon pour le rendement des [procureurs du ministère public] et la qualité de notre système de justice pénale » : *Elguzouli-Daf c. Commissioner of Police of the Metropolis*, [1995] Q.B. 335 (C.A.), p. 349. Cette avalanche comprendrait sans aucun doute quelques réclamations solides pour défaut injustifié de communiquer des renseignements, mais apporterait invariablement son lot de réclamations sans fondement dont chacune devrait être contestée au détriment des fonctions essentielles du ministère public. L'intérêt collectif des Canadiens et Canadiennes est mieux servi lorsque les avocats du ministère public peuvent se concentrer sur leur responsabilité première : la poursuite équitable et efficace des criminels. À mon sens, le seuil de responsabilité doit permettre l'audition sur le fond des demandes solides tout en empêchant une prolifération de demandes marginales.

[73] La deuxième préoccupation de principe — l'effet paralysant sur les avocats du ministère public — milite aussi en faveur d'un seuil de responsabilité élevé. La crainte de la responsabilité civile risque d'amener les poursuivants à adopter une approche défensive. Il en résulterait notamment des décisions en matière de communication de la preuve motivées

of liability. The public interest is undermined when prosecutorial decision-making is influenced by considerations extraneous to the Crown's role as a quasi-judicial officer.

[74] For these reasons, I conclude that good governance concerns mandate a threshold that substantially limits the scope of liability for wrongful non-disclosure. In my view, the standard adopted by the application judge, which is akin to gross negligence, does not provide sufficient limits. As I will explain, a negligence-type standard poses considerable problems, and ought to be rejected.

[75] Mr. Henry submits that an even lower threshold — a simple breach of the *Charter* without any additional element of fault — should apply in this context. The Chief Justice and Karakatsanis J. take this approach. Specifically, they adopt the *Ward* framework without modification and rely on case-by-case policy considerations at step three, rather than a heightened threshold, to limit liability. In my respectful view, this approach fails to address the compelling policy and practical concerns that justify limiting prosecutorial liability.

[76] For more than two decades, this Court has steadfastly affirmed the principle that prosecutorial liability should be carefully circumscribed. My colleagues reject the relevance of *Nelles* and its progeny to this case. In their view, our malicious prosecution jurisprudence has no bearing here, since "[t]he legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*" (para. 128). I grant that there are significant distinctions between the Crown's discretionary decision to initiate or continue a prosecution, and its disclosure obligations. However, the policy concerns raised in the malicious prosecution trilogy are not confined to the exercise of core prosecutorial discretion. In my view, those concerns have a broader reach and are implicated

moins par les principes juridiques que par des efforts calculés pour se prémunir contre le spectre de la responsabilité. L'intérêt public est compromis lorsque la prise de décisions en matière de poursuites est influencée par des considérations étrangères au rôle du poursuivant en tant qu'officier quasi judiciaire.

[74] Pour ces motifs, je conclus que les préoccupations relatives au bon gouvernement commandent un seuil qui limite sensiblement la portée de la responsabilité en cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. À mon sens, la norme adoptée par le juge de première instance, laquelle s'apparente à la négligence grave, n'offre pas de limites suffisantes. Comme je l'expliquerai, une norme du type de celle de la négligence pose d'importants problèmes et doit être rejetée.

[75] M. Henry plaide qu'un seuil encore plus bas — une simple violation de la *Charte* sans autre élément de faute — devrait s'appliquer dans ce contexte. C'est la solution que proposent la Juge en chef et la juge Karakatsanis. Plus particulièrement, elles adoptent sans le modifier le cadre retenu dans *Ward* et, pour limiter la responsabilité, elles s'appuient à la troisième étape de l'analyse sur l'examen au cas par cas des considérations de principe, plutôt que sur un seuil de responsabilité plus élevé. J'estime, avec égards, que cette solution ne tient pas compte des préoccupations pratiques et de principe impérieuses qui justifient une limitation de la responsabilité du poursuivant.

[76] Durant plus de deux décennies, notre Cour a fermement affirmé le principe suivant lequel la responsabilité du poursuivant doit être soigneusement circonscrite. Selon mes collègues, l'arrêt *Nelles* et ceux rendus dans sa foulée ne sont pas pertinents à la présente affaire. Elles estiment que notre jurisprudence relative aux poursuites abusives n'a aucune incidence en l'espèce puisque « [l']obligation légale [en matière de communication de la preuve pertinente] qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga* » (par. 128). Je conviens qu'il existe des distinctions importantes entre la décision discrétionnaire du ministère public d'engager ou de continuer une poursuite et ses obligations en matière

wherever there is a risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties in furtherance of the administration of justice.

[77] My colleagues' proposal would permit claimants to pursue *Charter* damages based on *any* allegation that the Crown breached its disclosure obligations — whether the wrongful non-disclosure was intentional, negligent, or accidental. In my respectful view, this casts too wide a net, exposing prosecutors to an unprecedented scope of liability that would affect the exercise of their vital public function.

[78] No doubt many cases might be thwarted by countervailing considerations invoked at the third step of *Ward* — and in any event would attract a modest quantum of damages at step four, if the claimant were to succeed at trial. However, given the absence of a liability threshold, a claim alleging a relatively minor breach with minimal harm to the claimant might well survive a motion to strike at the pleadings stage, and could lead to an award of damages. With respect, I fear that my colleagues' approach runs the risk of opening the floodgates to scores of marginal claims.

[79] My colleagues suggest that their proposal would not divert Crown counsel from their duties. In their view, since the inquiry would be focused "on the existence and relevance of the [undisclosed] documents, [and] not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised", the role of the prosecutor in civil proceedings would be limited (para. 132). With

de communication de la preuve. Toutefois, les préoccupations de principe que soulève la trilogie des décisions relatives aux poursuites abusives ne se limitent pas à l'exercice du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites. Selon moi, ces préoccupations ont une portée plus vaste et elles entrent en jeu dès lors qu'il existe un risque d'entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d'exercer en toute liberté leurs fonctions dans l'intérêt de l'administration de la justice.

[77] La proposition de mes collègues permettrait aux demandeurs de réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en se fondant sur *toute* allégation que le ministère public a manqué à ses obligations en matière de communication de la preuve — que le défaut injustifié de communiquer des renseignements soit intentionnel, qu'il soit attribuable à la négligence ou qu'il soit accidentel. Soit dit en tout respect, cette proposition ratisse trop large et expose les poursuivants à une responsabilité d'une portée sans précédent susceptible de gêner l'exercice de leur fonction publique essentielle.

[78] Je ne doute pas que les considérations pouvant faire contrepoids invoquées à la troisième étape de l'analyse dans *Ward* puissent contrecarrer un bon nombre de demandes — qui n'aboutiraient en fin de compte qu'à des dommages-intérêts modestes à la quatrième étape, si le demandeur devait avoir gain de cause au procès. Toutefois, vu l'absence d'un seuil de responsabilité, une demande fondée sur un manquement relativement mineur qui a causé peu de tort au demandeur pourrait bien résister à une requête en radiation à l'étape des actes de procédure et pourrait mener à l'attribution de dommages-intérêts. Avec égards, je crains que la solution que proposent mes collègues risque de déclencher une avalanche de demandes marginales.

[79] Mes collègues laissent entendre que leur proposition ne détournerait pas les représentants du ministère public de leurs fonctions. Selon elles, puisque l'analyse porterait essentiellement sur « l'existence et la pertinence des documents [non communiqués] et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire », le rôle du poursuivant dans

respect, I disagree. In my view, a detailed examination of prosecutors' conduct is inevitable. Such an examination would be necessary, for example, to determine whether case-by-case considerations militate against an award of damages or to set the appropriate quantum of damages for a successful claim.

[80] Similarly, my colleagues imply that their proposal would not have a chilling effect — first, because Crown conduct is already tightly constrained by the obligation to disclose relevant information and second, because "it is the state and not the individual prosecutor who faces liability" (para. 129). With respect, I take a different view. As I have explained, while the obligation to disclose is non-discretionary, there are invariably difficult judgment calls to be made. Those difficult decisions should be motivated by legal principle, not the fear of incurring civil liability. Furthermore, the fact that damages claims lie against the state and not individual prosecutors does not mitigate this concern. Like all lawyers, Crown counsel are professionals who jealously guard their reputations and whose actions are motivated by more than personal financial consequences.

[81] I agree with my colleagues that Mr. Henry alleges very serious instances of wrongful non-disclosure that demonstrate a shocking disregard for his *Charter* rights. His claim as pleaded meets the threshold I would establish. However, we should be wary of using Mr. Henry's exceptional case to justify a substantial expansion of prosecutorial liability. It is only by keeping liability within strict bounds that we can ensure a reasonable balance between remedying serious rights violations and maintaining the efficient operation of our public prosecution system.

l'instance civile serait limité (par. 132). Avec égards, je ne suis pas d'accord. Selon moi, un examen détaillé de la conduite du poursuivant est inévitable. Un tel examen serait nécessaire, par exemple, pour déterminer si des considérations ponctuelles militent contre l'attribution de dommages-intérêts, ou pour fixer le montant des dommages-intérêts à accorder au demandeur qui a gain de cause.

[80] De même, mes collègues laissent entendre que leur solution n'aurait pas d'effet paralysant — premièrement, parce que la conduite du ministère public est déjà strictement encadrée par l'obligation de communiquer les renseignements pertinents, et deuxièmement, parce que « c'est l'État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable » (par. 129). Avec égards, ce n'est pas mon avis. Comme je l'ai expliqué, même si l'obligation de communiquer les renseignements n'est pas discrétionnaire, il y a inévitablement des décisions exigeant une réflexion ardue. Ces décisions devraient être motivées par l'application des principes juridiques et non par la crainte de poursuites civiles. De plus, le fait que les demandes de dommages-intérêts soient présentées contre l'État et non contre les poursuivants à titre individuel n'atténue pas cette crainte. Comme tous les avocats, les représentants du ministère public sont des professionnels qui protègent jalousement leur réputation, et la motivation des gestes qu'ils posent ne se limite pas à des conséquences financières personnelles.

[81] Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que M. Henry allègue des cas très graves de défaut de communiquer des renseignements qui manifestent une indifférence consternante à l'égard des droits que lui garantit la *Charte*. Les allégations de sa demande respectent le seuil de responsabilité que je propose. Toutefois, nous devons nous garder de retenir le cas exceptionnel de M. Henry pour justifier un élargissement important de la responsabilité du poursuivant. Ce n'est qu'en maintenant la responsabilité à l'intérieur de limites strictes que nous pouvons assurer un équilibre raisonnable entre la réparation de violations graves des droits et la préservation du bon fonctionnement de notre système de poursuites pénales.

D. *Applying the Charter Damages Threshold for Wrongful Non-disclosure by Prosecutors*

[82] As discussed, a cause of action for *Charter* damages will lie where the Crown, in breach of its constitutional obligations, causes harm to the accused by intentionally withholding information when it knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. I now turn to how this standard will operate in practice.

(1) Policy Concerns May Still Be Considered on a Case-by-Case Basis

[83] In setting a heightened *per se* threshold, I should not be taken as saying that there are no additional good governance concerns that could negate a claim for *Charter* damages in the wrongful non-disclosure context. There may be case-specific policy concerns that militate against an award, even if the claimant has made out the heightened *per se* threshold. For example, the claimant may have an adequate alternative remedy under the *Charter* or in private law. Where a case-specific policy concern tips the balance against a *Charter* damages award, this remedy may properly be denied.

(2) What a Claimant Must Show to Meet the Liability Threshold in Cases of Wrongful Non-disclosure

[84] The liability threshold is tailored to the wrongful non-disclosure context. There is no inquiry into the Crown's motive or purpose, which are concepts

D. *L'application du seuil relatif à l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la Charte en cas de défaut injustifié des poursuivants de communiquer des renseignements*

[82] Comme nous l'avons vu, une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* existe lorsque le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, cause un préjudice à l'accusé en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense et que le défaut injustifié de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. J'examine maintenant la question de savoir comment cette norme s'appliquera en pratique.

(1) Les préoccupations de principe peuvent encore être prises en compte au cas par cas

[83] Il ne faut pas croire qu'en fixant un seuil de responsabilité plus élevé, j'affirme qu'il n'y pas d'autres préoccupations relatives au bon gouvernement susceptibles de faire échec à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* dans le contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. Des préoccupations de principe propres à une affaire donnée peuvent militer contre l'attribution de dommages-intérêts, et ce, même si le demandeur a satisfait au seuil de responsabilité plus élevé. À titre d'exemple, le demandeur peut disposer d'une autre réparation appropriée en vertu de la *Charte* ou en droit privé. Lorsqu'une préoccupation de principe propre à l'affaire milite contre l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, une telle réparation peut à bon droit être refusée.

(2) Ce que doit établir le demandeur pour qu'il soit satisfait au seuil de responsabilité dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements

[84] Le seuil de responsabilité est adapté au contexte du défaut injustifié de communiquer des renseignements. On ne s'interroge pas sur le mobile

better-suited to cases where the exercise of core prosecutorial discretion is challenged. Rather, the focus is on two key elements: the prosecutor's intent, and his or her actual or imputed knowledge. Specifically, a cause of action will lie against the state — subject to proof of causation — where a prosecutor breaches an accused's *Charter* rights by intentionally withholding information when he or she knows, or would reasonably be expected to know, that the information is material to the defence and that the failure to disclose will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence.

[85] Whether considered at the pleadings stage or at trial, the same formulation of the test applies. At trial, a claimant would have to convince the fact finder on a balance of probabilities that (1) the prosecutor intentionally withheld information; (2) the prosecutor knew or ought reasonably to have known that the information was material to the defence and that the failure to disclose would likely impinge on his or her ability to make full answer and defence; (3) withholding the information violated his or her *Charter* rights; and (4) he or she suffered harm as a result. To withstand a motion to strike, a claimant would only need to plead facts which, taken as true, would be sufficient to support a finding on each of these elements.

[86] Nothing in the formulation of this test alters the methods by which finders of fact assess intent. The common sense inference that individuals intend the natural and probable consequences of their actions applies: *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at paras. 58-63, citing *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523. As a result, the evidentiary burden on the claimant is not a high one. To demonstrate that the Crown intentionally withheld information, a claimant need only prove that prosecutors were actually in possession of the information and failed to disclose it. Alternatively, a

du ministère public ou sur l'objectif poursuivi par celui-ci, s'agissant là de concepts qui conviennent mieux aux situations où l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites est contesté. L'accent porte plutôt sur deux éléments clés : l'intention du poursuivant et sa connaissance de fait ou présumée. Plus particulièrement, le demandeur aura une cause d'action contre l'État — sous réserve de la preuve du lien de causalité — lorsqu'un poursuivant porte atteinte aux droits que la *Charte* garantit à l'accusé, en retenant délibérément des renseignements alors qu'il sait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements sont importants pour la défense et que le fait de ne pas les communiquer portera vraisemblablement atteinte à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[85] Que l'examen ait lieu au stade des actes de procédure ou au procès, la même formulation du critère s'applique. Au procès, un demandeur doit convaincre le juge des faits, selon la prépondérance des probabilités (1) que le poursuivant a retenu délibérément des renseignements, (2) que le poursuivant savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour la défense du demandeur et que le fait de ne pas les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, (3) que la rétention de ces renseignements a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* au demandeur, et (4) que le demandeur a subi un préjudice en conséquence. Pour résister à une requête en radiation, un demandeur n'a qu'à alléguer des faits qui, tenus pour avérés, seraient suffisants pour étayer une conclusion sur chacun de ces éléments.

[86] Rien dans la formulation de ce critère ne modifie les méthodes qu'utilisent les juges des faits pour évaluer l'intention. La déduction conforme au bon sens suivant laquelle une personne a voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes s'applique : *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 58-63, citant *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523. Par conséquent, le fardeau de preuve qui incombe au demandeur n'est pas très élevé. Pour démontrer que le ministère public a délibérément retenu des renseignements, le demandeur n'a qu'à prouver que les poursuivants étaient effectivement en

claimant could show that prosecutors were put on notice of the existence of the information and failed to obtain possession of it, in contravention of their disclosure obligations: see *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at para. 49. In both of these circumstances, the intention to withhold may be inferred. This inference is available to the finder of fact, but is not mandatory. Furthermore, it is always open to the Crown to lead rebuttal evidence to show that the withholding was not intentional.

[87] The next element of the test relates to the Crown's knowledge of the materiality of the information and the consequences of withholding it. Under this element, to be *material*, the information must be relevant and "directed at a matter in issue in the case": *R. v. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), at p. 44. That said, the mere fact that information is material to the defence does not necessarily mean that the failure to disclose it will likely impinge on the accused's ability to make full answer and defence. While related, the two concepts are distinct, and each must be established.

[88] Knowledge of the materiality of the information and the consequences of a failure to disclose can be imputed based on what a reasonable prosecutor would know in the circumstances. Once it is found that information was intentionally withheld which any prosecutor, acting reasonably, should have disclosed, I see no reason why an accused who has suffered harm should be denied a cause of action. I stress, however, that by incorporating a reasonableness aspect into the knowledge element, I am not endorsing a negligence-based standard as the applicable liability threshold. Taken together, the two elements I have described — intent, and actual or imputed knowledge — rise above a purely objective "reasonableness" or "marked departure" standard grounded in a duty of care paradigm.

possession des renseignements et ne les ont pas communiqués. Subsidiairement, un demandeur pourrait démontrer que les poursuivants ont été informés de l'existence des renseignements et n'ont pas tenté de les obtenir, en contravention de leurs obligations en matière de communication de la preuve : voir *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 49. Dans chacun de ces cas, l'intention de ne pas communiquer peut être déduite. Le juge des faits peut faire cette déduction, mais n'y est pas tenu. De plus, le ministère public peut toujours présenter une contrepreuve pour démontrer que la rétention des renseignements n'était pas intentionnelle.

[87] L'élément suivant du critère a trait à la connaissance qu'avait le ministère public de l'importance des renseignements et des conséquences du défaut de les communiquer. Pour le besoin de cet élément, des renseignements seront *importants* s'ils sont pertinents et s'ils [TRADUCTION] « portent sur une question en litige » : *R. c. B. (L.)* (1997), 35 O.R. (3d) 35 (C.A.), p. 44. Cela dit, le simple fait que les renseignements sont importants pour la défense ne signifie pas nécessairement que le défaut de les communiquer portera atteinte à la possibilité, pour l'accusé, de présenter une défense pleine et entière. Bien qu'ils soient reliés, ces deux éléments demeurent distincts et chacun d'eux doit être établi.

[88] La connaissance de l'importance des renseignements en cause et des conséquences du défaut de les communiquer peut être présumée à partir de ce qu'un poursuivant raisonnable aurait su dans les circonstances. Une fois que l'on a conclu que des renseignements ont été délibérément retenus — des renseignements que tout poursuivant agissant de manière raisonnable aurait dû communiquer —, je ne vois pas pourquoi l'accusé qui a subi un préjudice n'aurait pas de cause d'action. Je souligne toutefois que le fait d'intégrer un aspect de raisonnabilité à l'élément relatif à la connaissance ne signifie pas que j'accepte une norme fondée sur la négligence en tant que seuil de responsabilité applicable. Considérés ensemble, les deux éléments que je viens de décrire — l'intention et la connaissance réelle ou présumée — s'élèvent au-delà d'une norme purement objective de « raisonnabilité » ou d'« écart marqué » qui prend appui sur un paradigme fondé sur l'obligation de diligence.

[89] The purpose of the intent and knowledge elements is not to shield prosecutors from liability by placing an undue burden on claimants to prove subjective mental states. Rather, these elements are designed to set a sufficiently high threshold to address good governance concerns, while preserving a cause of action for serious instances of wrongful non-disclosure. As pleaded, the facts of Mr. Henry's case would meet this threshold.

[90] One final point on the liability threshold bears mentioning. It is not uncommon in the course of a criminal prosecution for disclosure decisions to be challenged, and for a court to determine the lawfulness of the Crown withholding certain information. If a court rules that information sought by the defence need not be disclosed, then the Crown's failure to disclose will have the benefit of a judicial imprimatur. It would not be accurate to say, in these circumstances, that the Crown intentionally "withheld" information from the accused. Even if the judicial determination is later overturned, no liability for *Charter* damages will lie for non-disclosure.

(3) Policy Implications of the Liability Threshold

[91] It may seem harsh to deny *Charter* damages for cases of wrongful non-disclosure which, while less serious, still result in a violation of an accused's *Charter* rights. However, it is a reality that wrongful non-disclosures will cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures to disclose exculpatory evidence. Given the policy concerns associated with exposing prosecutors to civil liability, it is necessary that the liability threshold be set near the high end of the blameworthiness spectrum. In reaching this conclusion, I do not purport to create silos of *Charter* violations, classifying some as worthy of concern and others as

[89] Les éléments relatifs à l'intention et à la connaissance ne visent pas à protéger les poursuivants contre toute responsabilité en imposant aux demandeurs le fardeau excessif de prouver des états d'esprit subjectifs. Ils visent plutôt à établir un seuil suffisamment élevé qui permette à la fois de tenir compte des préoccupations relatives au bon gouvernement et de préserver une cause d'action dans les cas graves de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Les faits allégués de la cause de M. Henry pourraient satisfaire à ce seuil.

[90] Un dernier point mérite d'être mentionné sur la question du seuil de responsabilité. Il n'est pas rare dans le cadre d'une poursuite criminelle que des décisions en matière de communication de renseignements soient contestées, et qu'un tribunal se prononce sur la légalité de la décision du ministère public de ne pas communiquer certains renseignements. Si un tribunal estime qu'il n'est pas nécessaire de communiquer des renseignements demandés par la défense, le défaut du ministère public de les communiquer bénéficiera de l'aval judiciaire. Il serait inexact d'affirmer, en pareilles circonstances, que le ministère public a délibérément « retenu » des renseignements. Même si la décision du tribunal est ultérieurement infirmée, le défaut de communiquer les renseignements n'entraînera aucune responsabilité en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

(3) Répercussions générales du seuil de responsabilité

[91] Il peut paraître dur de refuser d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* dans des cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements, lorsque ces cas, bien que moins graves, entraînent néanmoins une violation des droits que la *Charte* garantit à l'accusé. Le fait est, toutefois, que les cas de défaut injustifié peuvent découler d'un éventail de comportements répréhensibles, allant de l'erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas où l'on a, de façon tout à fait inacceptable, fait défaut de communiquer une preuve disculpatoire. Vu les préoccupations de principe liées au fait d'exposer des poursuivants à une responsabilité civile, le seuil de responsabilité doit se situer

inconsequential. Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far.

près de l'extrémité supérieure de l'échelle de culpabilité morale. Loin de moi l'idée, en tirant cette conclusion, de créer des catégories étanches de violations de la *Charte* et de considérer certaines d'entre elles comme étant dignes d'intérêt et d'autres comme étant sans conséquence. Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s'efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d'en permettre trop largement l'attribution.

[92] Indeed, the consequences of setting a lower threshold in this context — simple negligence, or even the gross negligence standard adopted by the application judge — would be serious. This type of threshold implicates a duty of care paradigm that ignores the basic realities of conducting a criminal prosecution. Mr. Henry's case illustrates the fact that the information ultimately disclosed to an accused is not simply a product of what prosecutors decide to disclose on their own initiative. Rather, disclosure depends on the interplay of a number of factors, including the rigour of the police investigation, the forthrightness of the police in communicating information to prosecutors, and the disclosure decisions taken by the Crown.

[92] En fait, imposer un seuil peu élevé dans un tel contexte — la norme de la négligence simple, ou même celle de la négligence grave retenue par le juge de première instance — entraînerait de graves conséquences. Ce type de seuil fait intervenir un paradigme fondé sur l'obligation de diligence qui ne tient pas compte des réalités fondamentales du déroulement d'une poursuite criminelle. La cause de M. Henry montre que les renseignements que les poursuivants finissent par communiquer à l'accusé ne sont pas le simple produit de ce que ceux-ci décident de communiquer de leur propre initiative. Cette communication dépend de l'interaction d'un certain nombre de facteurs, notamment la rigueur de l'enquête policière, la franchise dont fait preuve la police lorsqu'elle transmet des renseignements aux poursuivants et les décisions du ministère public en matière de communication de la preuve.

[93] A duty of care paradigm risks opening up a Pandora's box of potential liability theories. For example, if prosecutors were subject to a duty of care, a claimant could allege that they failed to probe the police forcefully enough to ensure that relevant information was not being suppressed. Such an approach would effectively impose an obligation on prosecutors to "police" the police. In my view, widening the Crown's exposure to liability in this way would be unwarranted. If police act improperly, then a civil claim can and should lie against them: see *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129.

[93] Un paradigme fondé sur l'obligation de diligence risque d'ouvrir une boîte de Pandore de théories potentielles sur la responsabilité. À titre d'exemple, si les poursuivants étaient assujettis à une obligation de diligence, un demandeur pourrait prétendre qu'ils ne se sont pas enquis avec suffisamment de détermination auprès de la police pour empêcher la suppression de renseignements pertinents. Une telle approche obligerait dans les faits les poursuivants à contrôler le travail de la police. À mon avis, il serait injustifié d'élargir ainsi les risques que le ministère public voie sa responsabilité engagée. Si la police n'agit pas correctement, sa responsabilité civile peut et devrait être engagée : voir *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129.

[94] The problems with a negligence-based standard are even more apparent when considering how this lower threshold would operate at the pleadings stage. The lower the threshold, the greater the number of claims that would have to be defended. The mere fact of having to respond to an onslaught of litigation, even if ultimately unsuccessful, would chill the actions of prosecutors and divert them from their proper functions. It would be far too easy for a claimant with a weak claim to plead facts disclosing a cause of action for negligence — *simpliciter* or gross — and thus drive prosecutors into civil court. Bringing a *Charter* damages claim for prosecutorial misconduct should not be a mere exercise in artful pleading. In contrast, the threshold I have outlined ensures that many unmeritorious claims will be weeded out at an early stage, either on a motion to strike or on a motion for summary judgment.

[94] Les problèmes que présente une norme fondée sur la négligence ressortent davantage lorsqu'on se demande comment ce seuil moins élevé pourrait s'appliquer à l'étape des actes de procédure. Plus ce seuil est bas, plus grand est le nombre d'actions qu'il faudrait contester. Le simple fait d'avoir à réagir à une avalanche de poursuites, même si celles-ci sont finalement rejetées, paralyserait les travaux des poursuivants et les détournerait des fonctions qu'ils doivent exercer. Il serait beaucoup trop facile pour un demandeur dont la cause est difficilement justifiable de plaider des faits qui révèlent une cause d'action fondée sur la négligence — simple ou grave — et donc, de traîner les poursuivants devant les tribunaux civils. Le fait d'intenter en vertu de la *Charte* une action en dommages-intérêts pour inconduite du poursuivant ne devrait pas constituer un simple exercice pour un plaideur habile. Au contraire, le seuil que je viens de décrire fait en sorte que bon nombre de poursuites frivoles seront écartées tôt dans le processus, que ce soit au moyen d'une requête en radiation ou d'une requête en jugement sommaire.

(4) The Causation Requirement

(4) L'exigence relative au lien de causalité

[95] In addition to establishing a *Charter* breach and the requisite intent and knowledge, a claimant must prove that, as a result of the wrongful nondisclosure, he or she suffered a legally cognizable harm. Liability attaches to the Crown only upon a finding of "but for" causation. In cases involving wrongful convictions, this "but for" test avoids the thorny issue of whether or not factual innocence is required — that is, proof that the accused did not in fact commit the crimes alleged. Instead, the focus of the inquiry is on the proceedings that occurred at the time of the intentional failure to disclose. That said, without deciding the issue, I would not foreclose the possibility that evidence of factual innocence or guilt could go to the quantum of damages.

[95] En plus d'avoir à établir une violation de la *Charte* ainsi que l'intention et la connaissance requises, le demandeur doit prouver que le défaut injustifié de communiquer des renseignements lui a causé un préjudice reconnu en droit. Le ministère public n'engage sa responsabilité que si l'on conclut à l'existence d'un lien de causalité fondé sur un « facteur déterminant ». Dans les cas de déclarations de culpabilité injustifiées, ce critère du « facteur déterminant » permet d'éviter la question épineuse de savoir si l'innocence factuelle est exigée ou non — c'est-à-dire la preuve que l'accusé n'a pas commis les crimes reprochés. L'analyse porte plutôt sur les procédures au moment où l'on a intentionnellement omis de communiquer des renseignements. Cela dit, sans trancher cette question, je n'écarte pas la possibilité que la preuve de l'innocence ou de la culpabilité factuelle puisse être pertinente en ce qui concerne le montant des dommages-intérêts accordé.

[96] Harm can be shown by the claimant in different ways. I do not propose an exhaustive list, but

[96] Le demandeur peut prouver le préjudice de différentes façons. J'en présente ici plusieurs

offer several examples. A historical wrongful conviction would certainly qualify. *Charter* damages would also be available where the wrongful non-disclosure led to a conviction at trial that was later overturned on appeal, and ultimately replaced by an acquittal — either entered directly on appeal or following a new trial. Even if the claimant was acquitted at trial, a *Charter* damages award would be available where it could be shown that the charges would have been dismissed or withdrawn at an earlier stage of proceedings had proper disclosure been made. In such a case, damages might serve to compensate for time wrongfully spent in custody and any consequential harm suffered as a result of the criminal proceedings.

exemples, mais la liste n'est pas exhaustive. Une déclaration de culpabilité injustifiée prononcée dans le passé constituerait certainement une telle preuve. L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également être justifiée lorsque le défaut injustifié de communiquer des renseignements a mené, au procès, à une déclaration de culpabilité qui a ultérieurement été annulée en appel pour être finalement remplacée par un verdict d'acquittement — inscrit directement en appel ou à l'issue d'un nouveau procès. Même si le demandeur a été acquitté au procès, des dommages-intérêts pourraient être accordés en vertu de la *Charte* s'il est possible d'établir que les accusations auraient été rejetées ou retirées plus tôt dans les procédures si les renseignements avaient dûment été communiqués. Dans un tel cas, l'attribution de dommages-intérêts pourrait permettre d'indemniser l'accusé pour la période qu'il a passée injustement en détention et pour tout préjudice indirect que lui a causé la poursuite criminelle.

[97] Regardless of the nature of the harm suffered, a claimant would have to prove, on a balance of probabilities, that "but for" the wrongful non-disclosure he or she would not have suffered that harm. This guarantees that liability is restricted to cases where the intentional failure to disclose was actually the cause of the harm to the accused.

[97] Quelle que soit la nature du préjudice subi, le demandeur devrait établir selon la prépondérance des probabilités que « n'eut été » le défaut injustifié de communiquer des renseignements, il n'aurait pas subi ce préjudice. Cela garantit que la responsabilité n'est engagée que dans les cas où l'omission intentionnelle de communiquer des renseignements constitue bel et bien la cause du préjudice subi par l'accusé.

[98] The "but for" causation test may, however, be modified in situations involving multiple alleged wrongdoers. For example, where the claimant alleges that a wrongful conviction was caused in part by the failure of police to provide material information to prosecutors, and in part by the Crown's failure to disclose, then a showing of "but for" causation will not be necessary. In this scenario, the causation requirement will be satisfied if the claimant can prove that the prosecutorial misconduct materially contributed to the harm suffered: *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181.

[98] Le critère du « facteur déterminant » peut toutefois être modifié dans les cas où la faute est attribuée à plusieurs personnes. À titre d'exemple, lorsque le demandeur allègue qu'une déclaration de culpabilité injustifiée résulte en partie du fait que la police n'a pas communiqué certains renseignements importants aux poursuivants et en partie de l'omission du ministère public de communiquer des renseignements, il ne sera pas nécessaire d'établir la causalité fondée sur un « facteur déterminant ». Dans ce scénario, le lien de causalité sera établi si le demandeur peut prouver que l'inconduite de la poursuite a contribué de façon appréciable au préjudice subi : *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181.

V. Conclusion

[99] I would allow the appeal. Proof of malice is not required to make out a cause of action for *Charter* damages against the provincial Crown in this case. Mr. Henry may seek to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the AGBC alleging that the Crown, in breach of its constitutional obligations, caused him harm by intentionally withholding information when it knew, or should reasonably have known, that the information was material to his defence and that the failure to disclose would likely impinge on his ability to make full answer and defence.

[100] As success is divided in this appeal, I would order costs in the cause throughout.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[101] This case raises questions about the availability of damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a remedy for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

[102] The notice of civil claim in this case alleges egregious violations of an accused's right to disclosure, with devastating consequences. In 1983, Mr. Henry was convicted of 10 counts of sexual assault, declared a dangerous offender, and sentenced to an indefinite period of incarceration. Before, during, and in the many years after his trial, Mr. Henry repeatedly sought disclosure of exculpatory evidence held by the police and prosecution, to no avail. In

V. Conclusion

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. En l'espèce, une preuve de malveillance n'est pas nécessaire pour établir contre l'État provincial l'existence d'une cause d'action en dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. M. Henry peut demander de modifier ses actes de procédure afin d'y inclure une demande en dommages-intérêts fondée sur la *Charte* contre le PGCB dans laquelle il allègue que le ministère public, en violation de ses obligations constitutionnelles, lui a causé un préjudice en retenant délibérément des renseignements alors qu'il savait, ou qu'il aurait raisonnablement dû savoir, que ces renseignements étaient importants pour sa défense et que le défaut de les communiquer porterait vraisemblablement atteinte à la possibilité, pour M. Henry, de présenter une défense pleine et entière.

[100] Comme le succès est mitigé en l'espèce, je suis d'avis d'accorder les dépens devant toutes les cours suivant l'issue de la cause.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[101] La présente affaire soulève des questions quant à la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à titre de réparation accordée pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[102] En l'espèce, la déclaration allègue des violations flagrantes du droit de l'accusé à la communication de la preuve qui ont entraîné des conséquences dévastatrices. En 1983, M. Henry a été reconnu coupable de 10 chefs d'accusation d'agression sexuelle, déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Avant et pendant son procès, de même qu'au cours des nombreuses années qui ont suivi ce

2002, police began re-investigating a series of unsolved sexual assaults. Ultimately, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, the British Columbia Court of Appeal acquitted Mr. Henry on all counts, on the basis that the evidence as a whole was incapable of proving the element of identification: 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. He served nearly 27 years in prison. He now seeks an award of damages under s. 24(1) of the *Charter*, for the breach of the Crown's constitutional disclosure obligations.

dernier, M. Henry a maintes fois réclamé, mais en vain, la communication de la preuve disculpatoire dont disposaient les policiers et le poursuivant. En 2002, la police a entrepris une nouvelle enquête relative à une série d'agressions sexuelles non résolues. Plus tard, un procureur spécial a été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry à qui, en 2008, un grand nombre de documents du dossier de la police ont ensuite été communiqués. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a acquitté M. Henry relativement à tous les chefs, au motif que la preuve, dans son ensemble, ne permettait pas d'établir l'élément d'identification : 2010 BCCA 462, 294 B.C.A.C. 96. M. Henry a néanmoins purgé une peine d'emprisonnement de presque 27 ans et il réclame maintenant des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour manquement aux obligations constitutionnelles du ministère public en matière de communication de la preuve.

[103] This appeal asks: What facts must Mr. Henry plead in order to be able to advance such a claim in court? In particular, must he allege malice or fault on the part of state officials who violated his rights?

[103] Le présent pourvoi soulève la question suivante : quels faits M. Henry doit-il invoquer afin de pouvoir présenter une telle réclamation à la Cour? Plus particulièrement, doit-il alléguer la malveillance ou la faute des représentants de l'État qui ont violé ses droits?

[104] The Attorney General of British Columbia argues that claims for damages resulting from prosecutorial misconduct require, at a minimum, that the claimant establish malice. In our view, the Attorney General's argument is misplaced. Imposing a fault requirement for *Charter* damages, where the Crown has breached its duty to disclose, is inconsistent with the purpose of s. 24(1) and with the principled framework established in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether an award of damages would be appropriate and just in the circumstances of a particular case.

[104] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les réclamations en dommages-intérêts découlant de la conduite répréhensible du poursuivant exigent, à tout le moins, que le demandeur établisse la malveillance. À notre avis, l'argument du procureur général n'est pas à propos. L'obligation de prouver l'existence d'une faute pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* — dans le cas où le ministère public a manqué à son obligation en matière de communication de la preuve — est incompatible avec l'objet du par. 24(1) et avec le cadre d'analyse rationnel énoncé dans l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'attribution de dommages-intérêts serait convenable et juste eu égard aux circonstances de l'affaire.

II. The Purpose of Section 24(1) and the *Ward* Framework

[105] The *Charter* guarantee of rights and freedoms is meaningful only to the extent that breaches are appropriately remedied. To this end, s. 52 of the *Constitution Act, 1982* provides for the nullification of laws which are inconsistent with the Constitution, including the *Charter*. It is complemented by s. 24 which authorizes courts to grant remedies where an individual's *Charter* rights have been infringed by state action. These remedial provisions, like all *Charter* provisions, should be given a generous and purposive interpretation: *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595.

[106] In *Ward*, this Court examined the broad grant of powers provided in s. 24(1) of the *Charter*, which empowers courts of competent jurisdiction to grant remedies that are "appropriate and just in the circumstances". Quoting *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, the Court observed that "[i]t is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion": *Ward*, at para. 18, citing *Mills*, at p. 965. While the court's discretion is not unfettered, "[w]hat is appropriate and just will depend on the facts and circumstances of the particular case": *Ward*, at para. 19. To determine whether damages are an appropriate and just remedy, a court must be empowered to look at and balance all relevant considerations arising in a given case.

[107] *Ward* provides a framework for evaluating these competing considerations. The *Ward* test for an award of damages under s. 24(1) of the *Charter* consists of four steps:

(1) The applicant must establish a *Charter* breach by the state;

II. L'objet du par. 24(1) et le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Ward*

[105] La protection des droits et libertés garantie par la *Charte* n'a de sens que dans la mesure où les violations donnent lieu à une mesure réparatrice convenable. C'est la raison pour laquelle l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit l'invalidation des lois qui sont incompatibles avec la Constitution, dont la *Charte*. L'article 24, qui autorise les tribunaux à accorder une réparation lorsque les droits d'une personne ont été violés par suite d'une mesure prise par l'État, complémente l'art. 52. Ces dispositions réparatrices, comme toutes les dispositions de la *Charte*, doivent faire l'objet d'une interprétation généreuse et téléologique : *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

[106] Dans l'arrêt *Ward*, la Cour a examiné les larges pouvoirs conférés par le par. 24(1) de la *Charte*, qui habilite les tribunaux compétents à accorder la réparation qu'ils estiment « convenable et juste eu égard aux circonstances ». Citant l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, la Cour a fait observer que « [c]e large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée » : *Ward*, par. 18, citant *Mills*, p. 965. Bien que le pouvoir discrétionnaire des tribunaux ne soit pas absolu, « [c]e qui est convenable et juste dépendra des faits et des circonstances de chaque affaire » : *Ward*, par. 19. Pour décider si les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste, le tribunal doit être habilité à examiner et à mettre en balance toutes les considérations pertinentes d'une affaire donnée.

[107] L'arrêt *Ward* fournit un cadre pour l'évaluation de ces considérations concurrentes et le test qu'il énonce quant à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* comporte quatre étapes :

(1) Le demandeur doit démontrer que l'État a violé un droit protégé par la *Charte*;

(2) The applicant must establish that damages would serve at least one of the functions of compensation, vindication or deterrence;

(3) If (1) and (2) are established, the onus shifts to the state to show that there are countervailing considerations (such as alternative remedies or good governance concerns) that would make *Charter* damages inappropriate or unjust;

(4) Finally, if the government fails to establish that countervailing considerations make *Charter* damages inappropriate or unjust, the last step in the *Ward* analysis is to determine the quantum of damages.

[108] Applying these principles to this case, Mr. Henry must plead facts that, if true, establish (1) a breach of his *Charter* rights and (2) that damages constitute an appropriate and just remedy to advance the purposes of compensation, vindication or deterrence. It is for the state to plead facts on the third step of countervailing factors, should it choose to do so.

III. Application of the *Ward* Framework to This Case

A. *Step One: Breach of Charter Rights*

[109] The first step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish a breach of his or her *Charter* rights. Mr. Henry makes a number of specific allegations about the failure of the Crown to disclose evidence before, during and after his criminal trial on sexual assault charges. These allegations, if true, amount to blatant violations of his

(2) Le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion;

(3) Si les première et deuxième étapes sont franchies, il revient à l'État de démontrer l'existence de considérations pouvant faire contrepoids (p. ex., l'existence d'autres recours ou de préoccupations relatives au bon gouvernement) qui feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne serait pas convenable et juste;

(4) Enfin, si le gouvernement échoue à démontrer que les considérations faisant contrepoids feraient en sorte que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne serait pas convenable et juste, la dernière étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward* consiste à fixer le montant des dommages-intérêts.

[108] Si l'on applique ces principes à la présente affaire, M. Henry doit alléguer des faits qui, s'ils s'avèrent, devront établir (1) qu'il y a eu atteinte à ses droits garantis par la *Charte* et (2) que les dommages-intérêts constituent une réparation convenable et juste qui favorise la réalisation d'au moins une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. Il appartient ensuite à l'État, à la troisième étape, relative aux facteurs faisant contrepoids, d'alléguer des faits, s'il le souhaite.

III. Application à la présente affaire du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Ward*

A. *Première étape : Violations des droits garantis par la Charte*

[109] La première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward* exige du demandeur qu'il fasse la preuve d'une atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. M. Henry fait plusieurs allégations précises concernant le défaut du ministère public de lui communiquer des éléments de preuve tant avant que pendant et après son procès criminel relatif à des

right to full disclosure, as protected under s. 7 of the *Charter*.

[110] For instance, according to Mr. Henry, the Crown withheld a large number of victim statements despite repeated defence requests for full disclosure of these statements. No victim statements, police reports or forensic reports were disclosed prior to the commencement of trial. Many victim statements remained undisclosed throughout the trial and, according to Mr. Henry, contain material inconsistencies that would have been helpful for his defence. Mr. Henry also alleges that forensic evidence relating to the perpetrator's spermatozoa remained undisclosed throughout the trial, again despite repeated specific requests. On the contrary, the Crown adduced evidence to the effect that no forensic evidence was located at any of the crime scenes that could be used to help identify the perpetrator. Further, police reports relating to another suspect were not disclosed. The sole issue at trial was the identity of the perpetrator and the Crown's case rested on victim identifications.

[111] If proven at trial, these facts would indisputably establish a breach of Mr. Henry's disclosure rights under s. 7 of the *Charter*. The government does not appear to dispute the violation of Mr. Henry's *Charter* rights.

B. *Step Two: A Functional Justification of Damages*

[112] The second step in the *Ward* analysis requires that the claimant establish that an award of *Charter* damages would serve one or more of the objectives of compensation, vindication, and deterrence. Compensation is about remedying personal loss (para. 25). Vindication is about remedying the

accusations d'agression sexuelle. Ces allégations, si elles sont avérées, décrivent des violations flagrantes de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

[110] Par exemple, selon M. Henry, le ministère public a refusé de lui faire part d'un grand nombre de déclarations des victimes, malgré les demandes répétées de la défense pour qu'elles lui soient intégralement communiquées. Aucune déclaration de victimes ni aucun rapport de police ou d'expertise médicolégale ne lui ont été communiqués avant l'ouverture du procès. De nombreuses déclarations des victimes n'ont pas non plus été communiquées pendant le procès et, selon M. Henry, celles-ci comportaient des contradictions importantes qui auraient pu aider sa défense. M. Henry allègue, en outre, que des éléments de preuve médicolégale concernant le sperme de l'auteur des agressions n'ont pas été communiqués pendant le procès, là encore, malgré des demandes précises à cet effet formulées à maintes reprises. Non seulement cela, mais selon les éléments de preuve présentés par le ministère public, aucune preuve médicolégale permettant d'identifier l'auteur des crimes n'avait été relevée sur les lieux des agressions. Les rapports de police concernant un autre suspect n'ont par ailleurs pas été communiqués. La seule question en litige lors du procès portait sur l'identité de l'auteur des agressions et la preuve du ministère public reposait sur l'identification de l'agresseur faite par les victimes.

[111] Si ces faits sont prouvés lors du procès, ils établiront incontestablement que les droits de M. Henry à la communication de la preuve, garantis par l'art. 7 de la *Charte*, ont été violés. Le gouvernement ne semble pas contester qu'il y a eu violation des droits que M. Henry tire de la *Charte*.

B. *Deuxième étape : Justification fonctionnelle des dommages-intérêts*

[112] Selon la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Ward*, le demandeur doit établir que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* servirait un ou plusieurs des objectifs que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion : l'indemnisation vise à réparer une

harm the infringement causes society (para. 28). Deterrence is forward-looking and serves a preventative function (para. 29).

[113] By any measure, the facts alleged by Mr. Henry are egregious. The Crown allegedly withheld highly relevant and exculpatory evidence, despite repeated and specific defence requests for disclosure. The impact on Mr. Henry's ability to make full answer and defence is obvious. Mr. Henry was convicted on all charges at trial, was declared a dangerous offender, and spent 27 years behind bars. Following his convictions in 1983, Mr. Henry continued to proclaim his innocence and seek review of his case. His pleas were finally heard after the police reopened its investigation into a string of unsolved sexual assaults similar to those for which Mr. Henry was convicted. This investigation resulted in the conviction of a man who had been a suspect in Mr. Henry's case. As a result, a Special Prosecutor was appointed to review Mr. Henry's convictions, leading to the 2008 disclosure of substantial police file materials. In 2010, he was finally acquitted on all counts by the British Columbia Court of Appeal. The court held that no properly instructed jury, acting reasonably, could have rendered a guilty verdict on any of the counts (para. 142).

[114] Mr. Henry was wrongfully convicted and imprisoned by the state for 27 years. On the facts alleged, the fairness of his trial was directly and seriously compromised by the breach of his s. 7 right to full disclosure. In these circumstances, an award of *Charter* damages under s. 24(1) may provide some compensation for the hardships Mr. Henry has endured. Obviously, no amount of money can restore to him the decades he has spent behind bars. However, a monetary award may offer some compensation for

perte personnelle (par. 25); la défense du droit en cause vise à réparer le préjudice que l'atteinte cause à la société (par. 28); la dissuasion est de nature prospective et elle joue un rôle préventif (par. 29).

[113] Quoi qu'il en soit, les faits qu'allègue M. Henry sont graves. Le ministère public aurait refusé de communiquer des éléments de preuve très pertinents et disculpatoires, malgré les demandes de communication précises présentées par la défense à maintes reprises. Ce refus a manifestement eu une incidence sur la possibilité pour M. Henry de présenter une défense pleine et entière. D'ailleurs, il a été reconnu coupable de tous les chefs d'accusation à l'issue du procès, il a été déclaré délinquant dangereux et il a été incarcéré pendant 27 ans. Après ses condamnations en 1983, M. Henry a continué de proclamer son innocence et de chercher à faire réexaminer sa cause. Ses demandes ont finalement été entendues après que la police a procédé à la réouverture de l'enquête portant sur une série d'agressions sexuelles non résolues semblables à celles à l'égard desquelles M. Henry avait été déclaré coupable. Au terme de cette enquête, un homme qui avait été un suspect dans le dossier de M. Henry a été reconnu coupable. Un procureur spécial a en conséquence été désigné pour réexaminer les condamnations de M. Henry et un grand nombre de documents du dossier de la police lui ont ensuite été communiqués en 2008. En 2010, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a enfin acquitté relativement à tous les chefs d'accusation, après avoir conclu qu'aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement n'aurait pu prononcer un verdict de culpabilité à l'égard de l'un ou l'autre des chefs d'accusation (par. 142).

[114] M. Henry a été condamné à tort et l'État l'a injustement emprisonné pendant 27 ans. Selon les faits allégués, la violation de son droit à la communication intégrale de la preuve que lui garantit l'art. 7 a directement et gravement compromis l'équité de son procès. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pourrait permettre à M. Henry d'être indemnisé pour les épreuves qu'il a vécues. À l'évidence, aucune somme d'argent ne peut lui redonner

this long period of wrongful imprisonment and the many lost life opportunities it entails.

[115] An award of *Charter* damages may also help vindicate the *Charter* rights that the Crown is alleged to have breached in Mr. Henry's case. As explained in *Ward*, vindication in this context refers to repairing the damage done to the public through the state's violation of *Charter* rights. There are few scenarios that can shake the public's confidence in the justice system more deeply than those alleged by Mr. Henry. According to the allegations, state action in breach of the *Charter* seriously undermined the fairness of Mr. Henry's trial and the state subsequently imprisoned him for nearly three decades. In these circumstances, an award of *Charter* damages may help to publicly vindicate such a serious violation of *Charter* rights. Such an award would recognize the state's responsibility for the miscarriage of justice that occurred in Mr. Henry's case, and the importance of respecting *Charter* rights in order to guarantee trial fairness.

[116] Finally, in the context of *Charter* damages under s. 24(1), "[d]eterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution": *Ward*, at para. 29. An award of *Charter* damages might also serve the objective of "influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future": *ibid.* Proper disclosure of Crown evidence is obviously a matter under the control of the state and its agents, primarily Crown prosecutors. The objective of deterrence may be served by an award of damages that highlights the need for the state to remain vigilant in meeting its constitutional obligations.

les décennies qu'il a passées derrière les barreaux. Cependant, une réparation pécuniaire pourrait lui permettre d'être indemnisé dans une certaine mesure pour cette longue période d'emprisonnement injustifié et pour toutes les possibilités qu'il a perdues du fait de cette incarcération.

[115] L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également soutenir la défense des droits garantis par la *Charte* que le ministère public aurait violés dans le cas de M. Henry. Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ward*, la défense du droit en cause dans ce contexte sert à réparer les préjudices que la violation des droits garantis par la *Charte* a causés au public. Peu de situations ébranlent la confiance du public dans le système de justice autant que celles qu'allègue M. Henry. D'après les allégations, les mesures prises par l'État en contravention à la *Charte* ont gravement compromis l'équité du procès de M. Henry, et l'État l'a ensuite emprisonné pendant presque trois décennies. Dans les circonstances, l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait contribuer à condamner publiquement une violation aussi grave des droits garantis par la *Charte*. Une telle attribution permettrait de reconnaître la responsabilité de l'État pour l'erreur judiciaire commise dans le dossier de M. Henry ainsi que l'importance de respecter les droits garantis par la *Charte* pour que se tiennent des procès équitables.

[116] Enfin, dans le contexte de l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, « [la dissuasion] cherche à régir la conduite du gouvernement, de manière générale, afin d'assurer le respect de la Constitution » : *Ward*, par. 29. L'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pourrait également remplir l'objectif d'« influer sur la conduite du gouvernement de sorte que l'État respecte la *Charte* à l'avenir » : *ibid.* La communication adéquate de la preuve du ministère public est manifestement une question qui relève du contrôle de l'État et de ses représentants, principalement les procureurs de la Couronne. L'objectif de dissuasion peut être réalisé par l'attribution de dommages-intérêts qui souligne la nécessité pour l'État de demeurer vigilant quant au respect de ses obligations constitutionnelles.

[117] Step two of *Ward* establishes a functional approach to determining whether *Charter* damages would constitute, in the language of s. 24(1), an "appropriate and just" remedy for a given *Charter* breach: *Ward*, at paras. 24-31. Moreover, *Ward* holds explicitly that damages may be appropriate and just even where no causal connection is established between a *Charter* breach and harm suffered by the claimant: ". . . the fact that the claimant has not suffered personal loss does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence clearly call for an award" (para. 30).

[118] The objective of compensation, however, requires a causal connection between the *Charter* breach and the loss suffered by the claimant; this objective aims "to compensate the claimant for the loss caused by the *Charter* breach": *Ward*, at para. 27. As the issue of causation was neither addressed in the decisions below nor argued before us, we prefer to leave any detailed discussion for another day. This said, we are not convinced that the "but for" test proposed by Moldaver J. is appropriate here.

C. *Step Three: Countervailing Considerations — Has the Government Shown That Damages Are Inappropriate or Unjust?*

[119] At step three of the *Ward* analysis, the government has an opportunity to advance any countervailing considerations that would make it inappropriate or unjust to award damages under s. 24(1).

[120] The first countervailing consideration discussed at the third stage of the *Ward* test is whether there are remedies other than s. 24(1) that

[117] La deuxième étape énoncée dans l'arrêt *Ward* prévoit une approche fonctionnelle visant à déterminer si l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait, pour reprendre les termes employés au par. 24(1), une réparation « convenable et juste » pour une violation donnée de la *Charte* : *Ward*, par. 24-31. Par ailleurs, toujours dans cet arrêt, la Cour a expressément conclu que les dommages-intérêts peuvent constituer une réparation convenable et juste même lorsqu'il n'existe aucun lien de causalité entre la violation de la *Charte* et le préjudice subi par le demandeur : « . . . l'absence de préjudice personnel subi par le demandeur n'empêche pas l'attribution de dommages-intérêts si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (par. 30).

[118] L'objectif d'indemnisation, lui, requiert l'existence d'un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la perte subie par le demandeur; il vise à « indemniser le demandeur des pertes occasionnées par la violation de la *Charte* » : *Ward*, par. 27. Puisque la question du lien de causalité n'a été ni soulevée dans les décisions des tribunaux d'instances inférieures ni plaidée devant nous, nous préférons laisser toute discussion détaillée à ce sujet en suspens et qu'il en soit traité à une autre occasion. Cela dit, nous ne sommes pas convaincues que le critère du facteur déterminant proposé par le juge Moldaver convient en l'espèce.

C. *Troisième étape : Considérations qui font contrepoids — Le gouvernement a-t-il démontré que l'attribution de dommages-intérêts constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste?*

[119] À la troisième étape de l'analyse prescrite par l'arrêt *Ward*, le gouvernement a la possibilité de présenter toutes les considérations faisant contrepoids qui pourraient démontrer que l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) constituerait une réparation qui ne serait pas convenable et juste.

[120] La première considération faisant contrepoids examinée à la troisième étape établie dans l'arrêt *Ward* consiste à se demander s'il existe des

"adequately meet the need for compensation, vindication and/or deterrence" (para. 34) in the particular case before the court. This is an individualized inquiry, not an abstract one. The question is not whether the law in the abstract provides a remedy for the wrong, but whether it is available in the particular case:

> The claimant must establish basic functionality having regard to the objects of constitutional damages. The evidentiary burden then shifts to the state to show that the engaged functions can be fulfilled through other remedies. The claimant need not show that she has exhausted all other recourses. Rather, it is for the state to show that other remedies are available in the particular case that will sufficiently address the breach. [Emphasis added; para. 35.]

[121] The Court in *Ward* went on to state:

> . . . it is conceivable that another *Charter* remedy may, in a particular case, fulfill the function of *Charter* damages. [Emphasis added; para. 35.]

[122] At the current stage of proceedings in this case, it is far from clear that there is an alternative remedy that will fulfill the functional objectives of *Charter* damages. The alleged wrong occurred decades ago. The lead prosecutor is dead. An action for damages under s. 24(1) may ultimately be the only remedy that will function to provide compensation, vindication or deterrence.

[123] The second set of countervailing considerations discussed in *Ward* — and the set relied on by the Attorney General of British Columbia — concerns good governance. *Ward* states:

réparations, autres que celles prévues au par. 24(1), qui « répondent adéquatement aux objectifs d'indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion » (par. 34) dans l'affaire particulière dont la cour est saisie. Cette analyse est individualisée et non abstraite. Il ne faut pas chercher à savoir si, théoriquement, le droit prévoit un recours pour le préjudice subi, mais plutôt si ce recours peut offrir une réparation dans l'affaire en cause :

> La demanderesse doit établir que les dommages-intérêts jouent un rôle fonctionnel minimal, eu égard aux objectifs des dommages-intérêts en matière constitutionnelle. Le fardeau de la preuve passe ensuite à l'État, qui doit démontrer que d'autres réparations permettraient de servir les fonctions en cause. La demanderesse n'est pas tenue de prouver qu'elle a épuisé tous les autres recours. Au contraire, c'est à l'État de démontrer que d'autres recours possibles dans l'affaire offriraient une réparation suffisante pour remédier à la violation. [Nous soulignons; par. 35.]

[121] La Cour a ensuite indiqué dans l'arrêt *Ward* :

> . . . il se peut qu'une autre réparation accordée en vertu de la *Charte*, dans une affaire donnée, accomplisse la fonction de l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. [Nous soulignons; par. 35.]

[122] Au stade où en est l'instance en l'espèce, l'existence d'une autre mesure de réparation qui réaliserait les objectifs fonctionnels de l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est loin d'être certaine. Le préjudice allégué est survenu il y a quelques dizaines d'années. Le procureur principal est décédé. Une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) pourrait être au bout du compte le seul recours qui puisse permettre de réaliser les objectifs d'indemnisation, de défense du droit ou de dissuasion.

[123] Le deuxième ensemble de considérations faisant contrepoids examinées dans l'arrêt *Ward* — et celui sur lequel le procureur général de la Colombie-Britannique s'est fondé — concerne le bon gouvernement. La Cour a affirmé ce qui suit dans l'arrêt *Ward* :

In some situations, however, the state may establish that an award of *Charter* damages would interfere with good governance such that damages should not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity. [para. 39]

[124] By way of example, the Court in *Ward* opined that a claim for damages under s. 24(1) ought not to be permitted for the state's enforcement of a law until it is declared invalid, unless the state conduct under the law was "clearly wrong, in bad faith or an abuse of power": para. 39, citing *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 78. This elevated fault threshold is justified because "[t]he rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid" (para. 39).

[125] The Attorney General of British Columbia argues that permitting Mr. Henry's s. 24(1) claim to proceed: (1) will inappropriately interfere with prosecutorial discretion; (2) will inappropriately lower the standard for prosecutorial liability; and (3) will divert prosecutors from their day-to-day work by involving them in claims in the courts for prosecutorial misfeasance. The Attorney General says that these countervailing considerations mean that claims such as Mr. Henry's should be completely barred; or alternatively that a high fault threshold should be set.

[126] *Ward* recognizes that there may be a need for limited immunity from s. 24(1) damages for a *Charter* breach that arises from the exercise of discretion. This is "because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion" (para. 40). In this context, *Ward* mentions malice as a possible threshold for exercise of prosecutorial discretion. Our colleague, Moldaver J., in a

En revanche, dans certaines situations, l'État pourrait démontrer que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuirait au bon gouvernement et devrait être limité aux cas où la conduite de l'État atteint un seuil minimal de gravité. [par. 39]

[124] Par exemple, selon la Cour dans l'arrêt *Ward*, il ne devrait pas être permis d'intenter une action en dommages-intérêts fondée sur le par. 24(1) lorsque l'État a appliqué une loi, tant que celle-ci n'est pas frappée d'invalidité, en l'absence de comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir » de la part de l'État : par. 39, citant *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 78. Ce seuil élevé de faute serait justifié parce qu'« [i]l serait néfaste pour la primauté du droit que la crainte d'être éventuellement tenus de verser des dommages-intérêts par suite de l'invalidation d'une loi dissuade les gouvernements d'en assurer l'application alors qu'elle est encore valide » (par. 39).

[125] Le procureur général de la Colombie-Britannique soutient que permettre la poursuite de la demande de M. Henry fondée sur le par. 24(1) : (1) toucherait de manière inappropriée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites; (2) abaisserait de manière inappropriée la norme applicable à la responsabilité du ministère public; et (3) ferait en sorte que les poursuivants soient détournés de leurs tâches quotidiennes parce qu'ils auraient à répondre à des poursuites en justice pour les fautes qu'aurait commises le ministère public. Selon le procureur général, ces considérations faisant contrepoids signifient qu'il devrait être absolument interdit de présenter des demandes comme celle de M. Henry; ou, subsidiairement, qu'il y a lieu d'établir un seuil élevé de faute.

[126] La Cour reconnaît dans l'arrêt *Ward* qu'une immunité restreinte pourrait devoir être accordée à l'État à l'égard des dommages-intérêts attribués en vertu du par. 24(1) pour une violation de la *Charte* qui découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il en est ainsi « car le droit ne saurait paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d'élaboration de politiques » (par. 40). Dans

variation on this, would reduce the threshold for s. 24(1) damages in this case to intentional conduct.

[127] In our view, however, the countervailing concerns raised by the Attorney General of British Columbia are misplaced in this case. Mr. Henry's case does not involve the exercise of prosecutorial discretion in the usual sense of the term or as it was discussed in cases such as *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, and *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339. The discretion at issue in those cases is the discretion to commence and pursue a prosecution. This is a wide discretion long acknowledged by the law. It is as difficult to exercise as it is vital to the effective prosecution of criminal cases. The common law has struck a balance that reflects these complex concerns by allowing claims to be brought against prosecutors for misuse of this discretion, but only if malice can be shown: *Miazga*, at para. 7.

[128] However, none of this applies to the prosecution's disclosure obligation. The legal duty on the Crown to disclose relevant evidence does not involve prosecutorial discretion in the sense discussed in *Nelles* and *Miazga*. This duty is not a discretionary function but *a legal obligation*: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333; *R. v. McNeil*, 2009 SCC 3, [2009] 1 S.C.R. 66, at paras. 17-18. This obligation is absolute, not discretionary, and it is one that Crown prosecutors take seriously. The only discretion left to the prosecutor is a limited operational discretion relating to timing, relevance in borderline cases, privilege and protection of witness identity. *Stinchcombe* states that matters falling within this limited discretion are

ce contexte, la Cour a indiqué dans l'arrêt *Ward* que l'intention malveillante pourrait constituer le seuil qui convient quand il s'agit de juger de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Notre collègue, le juge Moldaver, présente une variante qui abaisserait le seuil applicable à l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) en l'espèce à une conduite intentionnelle.

[127] Or, nous estimons que les préoccupations soulevées par le procureur général de la Colombie-Britannique pour faire contrepoids sont hors de propos en l'espèce. La cause de M. Henry ne porte pas sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public au sens où on l'entend normalement ou tel qu'il a été examiné dans des affaires comme *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, et *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339. Le pouvoir discrétionnaire en cause dans ces affaires était celui d'engager et de mener une poursuite. Il s'agit d'un large pouvoir discrétionnaire que le droit reconnaît depuis longtemps. L'exercice de ce pouvoir est difficile, mais il est vital pour assurer que les infractions criminelles sont efficacement poursuivies. La common law a trouvé un point d'équilibre qui tient compte de ces préoccupations complexes en permettant que des poursuites soient engagées contre les poursuivants qui exercent mal leur pouvoir discrétionnaire, mais uniquement dans les cas où la malveillance pourrait être établie : *Miazga*, par. 7.

[128] Aucun de ces principes ne s'applique toutefois à l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve pertinente. En effet, cette obligation légale qui incombe au ministère public ne fait pas intervenir le même pouvoir discrétionnaire que celui qu'a examiné la Cour dans les affaires *Nelles* et *Miazga*. En effet, cette obligation n'est pas une fonction discrétionnaire, mais *une obligation en droit* : *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333; *R. c. McNeil*, 2009 CSC 3, [2009] 1 R.C.S. 66, par. 17-18. Il s'agit d'une obligation absolue, et non discrétionnaire, que les procureurs de la Couronne prennent au sérieux. Le seul pouvoir discrétionnaire dont dispose le poursuivant est celui qui, sur le plan opérationnel, s'applique au moment

to be resolved by the trial judge. In other words, prosecutorial discretion with respect to the disclosure of evidence is limited in scope (to operational issues) and duration (the judge, not the prosecutor will make the final decision). It may be helpful to quote the relevant passages from *Stinchcombe*:

The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. . . .

. . .

The discretion of Crown counsel is . . . reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule. [pp. 335-36 and 340]

[129] Thus any prosecutorial discretion in the process is both limited and judicially controlled. An action for failure to disclose relevant evidence to the defence is different from an action for misuse of prosecutorial discretion in bringing or pursuing a prosecution. It is not an action for abuse of discretion, but an action for breach of a legal duty imposed by the *Charter*. Where this *Charter* duty is breached, it is the state and not the individual prosecutor who faces liability: *Ward*, at para. 22. The

où la preuve sera communiquée, à la pertinence dans les cas limites, au privilège et à la protection de l'identité des témoins. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Stinchcombe* qu'il appartient au juge du procès de régler les questions qui relèvent de ce pouvoir discrétionnaire restreint. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication de la preuve a une portée (questions d'ordre opérationnel) et une durée (le juge, et non le poursuivant, est celui qui prend la décision définitive) limitées. Il peut être utile de citer les extraits pertinents de l'arrêt *Stinchcombe* :

Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. . .

. . .

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut [. . .] faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle. [p. 336 et 340]

[129] En conséquence, tout exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public dans le processus de communication de la preuve est à la fois limité et contrôlé par les tribunaux. Il faut faire une distinction entre l'action pour défaut de communiquer à la défense la preuve pertinente et l'action dans laquelle le demandeur allègue que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite : la première ne vise pas l'abus de pouvoir discrétionnaire, mais

focus is accordingly not on the fault of any particular individual, but on the failure to disclose. Where breaches of the duty to disclose occur, *Charter* liability flows from the constitutionally entrenched mechanisms that permit individuals to hold the state to account. This is distinct from tort liability, which imposes conduct-based thresholds to regulate tortious conduct as between individuals. Good governance is strengthened, not undermined, by holding the state to account where it fails to meet its *Charter* obligations. As Kent Roach has noted, "routine arguments that *Charter* damage awards adversely affect good governance discount the fact both deterrence and compliance with the *Charter* 'is a foundation principle of good governance'": "A Promising Late Spring for Charter Damages: *Ward v. Vancouver*" (2011), 29 *N.J.C.L.* 135, at p. 150, quoting *Ward*, at para. 38.

plutôt le non-respect d'une obligation légale imposée par la *Charte*. Lorsqu'il y a manquement à cette obligation découlant de la *Charte*, c'est l'État et non le poursuivant à titre individuel qui peut être tenu responsable : *Ward*, par. 22. L'élément à examiner n'est donc pas une faute commise par un quelconque individu, mais le fait de ne pas avoir communiqué la preuve. Lorsqu'il y a manquement à l'obligation de communiquer la preuve, la responsabilité fondée sur la *Charte* découle des mécanismes protégés par la Constitution qui permettent à quiconque de tenir l'État responsable. Cette responsabilité se distingue de la responsabilité délictuelle dont les seuils établis en fonction de la conduite régissent les rapports délictueux entre individus. Tenir l'État responsable de ses manquements aux obligations découlant de la *Charte* renforce le bon gouvernement plutôt que de l'affaiblir. Ainsi que l'a souligné Kent Roach, [TRADUCTION] « les arguments usuels selon lesquels l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* nuit au bon gouvernement ne tiennent pas compte du fait que la dissuasion et le respect de la *Charte* "constitue[nt] un principe fondamental de bon gouvernement" » : « A Promising Late Spring for Charter Damages : *Ward v. Vancouver* » (2011), 29 *R.N.D.C.* 135, p. 150, citant *Ward*, par. 38.

[130] Against this background, we return to the arguments of the Attorneys General of British Columbia and Canada that to allow damages for failure to disclose will chill the exercise of prosecutorial discretion, undermine the high threshold of malice for actions against prosecutors, and divert prosecutors from their proper functions by requiring them to participate in s. 24(1) actions. We conclude it would not.

[130] Sur cette toile de fond, revenons aux arguments des procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada portant que l'attribution de dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve aurait pour effet de paralyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, de réduire le seuil élevé de la malveillance appliqué aux actions intentées contre les poursuivants et de détourner les poursuivants des fonctions qu'ils doivent exercer vu leur participation aux actions fondées sur le par. 24(1). Nous concluons que ce ne serait pas le cas.

[131] The concerns raised by the Attorneys General are all based on the assumption that disclosure is a matter of prosecutorial discretion as discussed in *Nelles* and *Miazga* — the discretion to commence and pursue a prosecution. But, as just discussed, this assumption is false. Prosecutors do not have discretion as to whether to disclose relevant evidence

[131] Les préoccupations soulevées par les procureurs généraux reposent toutes sur l'hypothèse que la communication des renseignements relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public examiné dans les arrêts *Nelles* et *Miazga* — soit le pouvoir discrétionnaire d'engager et de mener une poursuite. Or, comme nous venons de le voir, cette

— they have a *legal duty* to disclose it. Their only discretion concerns peripheral matters relating to the timing of disclosure, privilege and whether a particular document is relevant — matters which are promptly resolved by trial judges.

[132] Recognizing Mr. Henry's claim will not chill the exercise of prosecutorial discretion. Nor will it change the high standard of malice for tort actions for misuse of prosecutorial discretion, since those actions are concerned with true exercises of prosecutorial discretion. And there is no reason to suppose that recognizing Mr. Henry's claim will divert prosecutors from their day-to-day work. Most issues of disclosure are settled at trial. In the rare case, like this one, where they arise after conviction, the prosecutor, if alive, may be called on to testify. The involvement of prosecutors is nonetheless likely to be limited. Since the prosecution is under a *legal duty* to disclose all relevant documents, the focus would be on the existence and relevance of the documents, not on the more complex questions of how discretion should have or could have been exercised.

[133] In summary, we are not persuaded that recognizing the right of Mr. Henry to claim damages for failure to disclose relevant documents will interfere with prosecutorial discretion, imperil the high threshold for suing prosecutors in cases like *Nelles* or *Miazga*, or divert prosecutors from their day-to-day work. The Attorney General of British Columbia's contention that these concerns constitute a countervailing consideration that should prevent Mr. Henry from bringing his action for *Charter* damages must, in our view, be rejected. There is

hypothèse est erronée. Les poursuivants n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'ils doivent communiquer les éléments de preuve pertinents — ils ont l'*obligation légale* de le faire. Le seul pouvoir discrétionnaire dont ils disposent porte sur les questions accessoires relatives au moment où la preuve est communiquée, au privilège et à la pertinence d'un document donné — questions que règlent rapidement les juges de première instance.

[132] Admettre la demande de M. Henry ne paralysera pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Cela ne changera pas non plus la norme élevée de malveillance qui s'applique aux actions en responsabilité délictuelle découlant du fait que le ministère public a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, vu que ces actions s'intéressent à l'exercice véritable du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Rien ne permet non plus de croire qu'admettre la demande de M. Henry détournera les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. La plupart des questions liées à la communication de la preuve sont réglées lors du procès. Dans les rares cas, comme en l'espèce, où elles sont soulevées après la condamnation, le poursuivant, en supposant qu'il soit toujours en vie, pourrait être appelé à témoigner. Il n'en reste pas moins que la participation des poursuivants sera vraisemblablement limitée. Vu l'*obligation légale* de la poursuite de communiquer tous les documents pertinents, les éléments à examiner sont l'existence et la pertinence des documents et non les questions plus complexes de savoir comment le ministère public aurait dû ou aurait pu exercer son pouvoir discrétionnaire.

[133] Bref, nous ne croyons pas que la reconnaissance du droit de M. Henry de réclamer des dommages-intérêts pour défaut de communiquer des éléments de preuve pertinents aura pour effet de toucher au pouvoir discrétionnaire du ministère public, de mettre en péril le seuil élevé requis pour engager des poursuites contre les poursuivants conformément aux arrêts *Nelles* et *Miazga*, ou de détourner les poursuivants de leurs tâches quotidiennes. L'argument du procureur général de la Colombie-Britannique selon lequel ces préoccupations constituent

thus no principled basis for imposing any threshold of fault or intention on Mr. Henry's claim for *Charter* damages, as our colleague Moldaver J. proposes to do.

[134] In our view, this is the right result in law and justice. Mr. Henry has suffered egregiously as a result, he alleges, of the state's breach of its legal obligation under the *Charter* to disclose all relevant documents to him when it should have. If he is denied the right to bring a claim for damages under s. 24(1) of the *Charter*, he may be denied any remedy. The legally desirable goals of compensation for wrong, vindication and deterrence elaborated in *Ward* will be unrealized.

[135] This result also upholds Canada's international obligations. Canada has committed itself internationally to compensating those who have been wrongfully convicted. Canada has ratified the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 ("*ICCPR*"), which provides, at art. 14(6):

> When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

[136] Parliament has not passed legislation to implement this obligation domestically. The obligation expressed in the *ICCPR* is therefore not directly enforceable in Canadian courts. However, our Court has stated many times that the *Charter* should be interpreted consistently with Canada's international obligations. This was reaffirmed most

des considérations faisant contrepoids qui devraient empêcher M. Henry d'intenter son action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* doit, à notre avis, être rejeté. Aucune raison de principe ne permet donc d'imposer un seuil fondé sur la faute ou l'intention à la réclamation en dommages-intérêts présentée par M. Henry en vertu de la *Charte*, comme notre collègue le juge Moldaver propose de le faire.

[134] Nous sommes d'avis que ce résultat est celui qui s'impose en droit et que commande la justice. Le grave préjudice qu'a subi M. Henry découle, à son avis, du fait que l'État ne s'est pas acquitté des obligations légales qui lui incombent en application de la *Charte* de lui communiquer tous les documents pertinents au moment opportun. S'il était privé du droit de présenter une réclamation en dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, il risquerait de n'obtenir aucune réparation et les objectifs souhaitables en droit d'indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion dont il est question dans l'arrêt *Ward* ne seraient pas réalisés.

[135] Ce résultat respecte également les obligations internationales du Canada qui s'est engagé sur le plan international à indemniser les personnes injustement condamnées. En effet, il a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (le « PIDCP »), lequel dispose au par. 14(6) que :

> Lorsqu'une condamnation pénale définitive est ultérieurement annulée ou lorsque la grâce est accordée parce qu'un fait nouveau ou nouvellement révélé prouve qu'il s'est produit une erreur judiciaire, la personne qui a subi une peine à raison de cette condamnation sera indemnisée, conformément à la loi, à moins qu'il ne soit prouvé que la non-révélation en temps utile du fait inconnu lui est imputable en tout ou partie.

[136] Le législateur n'a édicté aucune loi pour intégrer cette obligation dans notre droit interne. L'obligation exprimée dans le PIDCP n'est donc pas directement susceptible d'exécution devant les tribunaux canadiens. Toutefois, la Cour a affirmé à plusieurs reprises que la *Charte* doit être interprétée d'une manière qui s'accorde avec les obligations

recently in *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 401, at para. 64:

> LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court "has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada's international obligations and the relevant principles of international law, on the other": para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, "the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified".

[137] Canada has committed itself to providing compensation to those who have been wrongfully convicted, as expressed in art. 14(6) of the *ICCPR*. Mr. Henry alleges that he was wrongfully convicted following a trial that was rendered unfair through violation of his right to disclosure. Section 24(1) authorizes the courts to award damages to compensate Mr. Henry for the harm suffered as a result of this *Charter* breach. It would be inconsistent with the international obligation undertaken by Canada through art. 14(6) of the *ICCPR* to predicate an award of damages under s. 24(1) on Mr. Henry's ability to establish an intentional violation of his *Charter* rights. To require proof of intention would be to lower *Charter* protection below the level of protection found in an international human rights instrument that Canada has ratified. The commitment embodied in art. 14(6) thus further supports our conclusion that Mr. Henry need not establish fault to justify an award of damages under s. 24(1).

IV. Conclusion

[138] We would allow Mr. Henry's appeal and grant his application to amend his pleadings to include a claim for *Charter* damages against the Attorney General of British Columbia in accordance

internationales du Canada, un principe qu'elle a réaffirmé tout récemment au par. 64 de l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 401 :

> Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d'assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d'une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d'autre part » (par. 55). Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme « qu'il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[137] Le Canada s'est engagé à indemniser les personnes injustement condamnées, comme le prévoit le par. 14(6) du PIDCP. M. Henry allègue qu'il a été injustement condamné au terme d'un procès rendu inéquitable en raison de la violation de son droit à la communication de la preuve. Le paragraphe 24(1) permet aux tribunaux de lui attribuer des dommages-intérêts afin de l'indemniser pour le préjudice qu'il a subi en raison de cette violation de la *Charte*. Faire reposer l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) sur la capacité de M. Henry d'établir que ses droits garantis par la *Charte* ont été intentionnellement violés serait contraire à l'obligation internationale contractée par le Canada et exprimée au par. 14(6) du PIDCP. Exiger une telle preuve d'intention réduirait la protection offerte par la *Charte* à un niveau moindre que celui qui figure dans un instrument international de défense des droits de la personne que le Canada a ratifié. L'engagement formulé au par. 14(6) étaye en outre notre conclusion portant que M. Henry n'a pas à prouver l'existence d'une faute pour justifier l'attribution de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1).

IV. Conclusion

[138] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi de M. Henry et de faire droit à sa demande d'autorisation visant à modifier ses actes de procédure de manière à y inclure une réclamation en

with these reasons. It is sufficient for Mr. Henry to allege that the Crown breached its constitutional obligation to disclose relevant information and that *Charter* damages would be an appropriate and just remedy, serving one or more of the functions of compensation, vindication and deterrence. Mr. Henry need not allege that the Crown breached its constitutional obligation intentionally, or with malice, in order to access *Charter* damages. His pleadings allege that significant non-disclosure resulted in wrongful convictions and 27 years of incarceration. There can be little doubt that, if these allegations are proven, damages would be "appropriate and just" under s. 24(1) of the *Charter*.

dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et présentée contre le procureur général de la Colombie-Britannique, conformément aux présents motifs. Il suffira à M. Henry d'alléguer que le ministère public a contrevenu à son obligation constitutionnelle de communiquer les renseignements pertinents, et que l'attribution de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constituerait une réparation convenable et juste qui remplirait au moins l'une des fonctions que sont l'indemnisation, la défense du droit en cause et la dissuasion. M. Henry n'a pas à alléguer que le ministère public a contrevenu intentionnellement, ou avec malveillance, à son obligation constitutionnelle pour réclamer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Selon les allégations de M. Henry, le refus de lui communiquer de nombreux éléments de preuve a donné lieu à des condamnations injustifiées et à 27 années d'incarcération. Si ces allégations sont prouvées, il est presque certain que des dommages-intérêts constitueront une réparation « convenable et juste » suivant le par. 24(1) de la *Charte*.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia as represented by the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Farris Vaughan Wills & Murphy, Vancouver; Ritchie Sandford, Vancouver; A. Cameron Ward & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique représentée par le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights and the British Columbia Civil Liberties Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake Cassels Graydon, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Crown Counsel: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs de l'intervenante Association in Defence of the Wrongly Convicted : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs des intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake Cassels Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association : Stevensons, Toronto; Breese Davies Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juristes de l'État : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Yukon Francophone School Board, Education Area #23 *Appellant*

v.

Attorney General of the Yukon Territory *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of the Northwest Territories, Commissioner of Official Languages of Canada, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de l'Alberta, Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada *Interveners*

Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 *Appelante*

c.

Procureure générale du Territoire du Yukon *Intimée*

et

Procureure générale du Québec, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, commissaire aux langues officielles du Canada, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de l'Alberta, Fédération nationale des conseils scolaires francophones et Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada *Intervenants*

Indexed as: Yukon Francophone School Board, Education Area #23 *v.* Yukon (Attorney General)

2015 SCC 25

File No.: 35823.

2015: January 21; 2015: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR YUKON

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Allegation that judge's comments and interventions at trial as well as his community involvement before and after appointment as a judge gave rise to reasonable apprehension of bias — Whether judge's conduct and community involvement raised reasonable apprehension of bias.

Répertorié : Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 *c.* Yukon (Procureure générale)

2015 CSC 25

N° du greffe : 35823.

2015 : 21 janvier; 2015 : 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Allégation que les commentaires et les interventions du juge au procès ainsi que son engagement dans la communauté tant avant qu'après sa nomination à titre de juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité — Le comportement du juge et son engagement dans la communauté suscitaient-ils une crainte raisonnable de partialité?

Constitutional law — Charter of Rights — Whether school board can unilaterally decide to admit students who are not covered by s. 23 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The Yukon Francophone School Board is the first and only school board in the Yukon. It has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984. In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial judge ruled in the Board's favour on most issues.

The Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias on the part of the trial judge based on a number of incidents during the trial as well as the trial judge's involvement as a governor of a philanthropic francophone community organization in Alberta. Accordingly, it ordered a new trial except on three issues, only two of which were appealed to this Court: the trial judge's conclusion that, under s. 23 of the *Charter*, the Board had the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23; and the trial judge's decision that the Yukon is required to communicate with the Board in French.

Held: The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is dismissed, but the Board's claims pursuant to the *Languages Act* should be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at a new trial.

The test for a reasonable apprehension of bias is what would a reasonable, informed person think. The objective is to protect public confidence in the legal system by ensuring not only the reality, but the appearance of a fair adjudicative process. Impartiality and the absence of bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind. Because there is a presumption of judicial impartiality, the test for a reasonable apprehension of bias requires a real likelihood or probability of bias. Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges must strive for impartiality, they are not required to abandon who they are or what

Droit constitutionnel — Charte des droits — La commission scolaire peut-elle décider unilatéralement d'admettre des élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23 de la Charte canadienne des droits et libertés?

La Commission scolaire francophone du Yukon est la première et la seule commission scolaire de ce territoire. Elle ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984. En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le juge du procès a tranché en faveur de la Commission sur la plupart des points.

La Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge du procès en raison de plusieurs incidents survenus durant le procès ainsi que de l'engagement du juge à titre de gouverneur d'un organisme communautaire philanthropique francophone en Alberta. Par conséquent, elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès sauf à l'égard de trois questions, dont seulement deux font l'objet du pourvoi devant notre Cour : la conclusion du juge du procès selon laquelle l'art. 23 de la *Charte* accorde à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à ce que ceux-ci s'appliquent aux élèves non visés par l'art. 23; la décision du juge du procès que le Yukon est tenu de communiquer avec la Commission en français.

Arrêt : L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est rejeté, mais les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité est de savoir à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée. L'objectif est de préserver la confiance du public dans le système juridique en assurant non seulement l'existence, mais l'apparence d'un processus décisionnel juste. Les notions d'impartialité et d'absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu'éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert. Puisqu'il y a une présomption d'impartialité judiciaire, le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une réelle probabilité de partialité. L'impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l'identité et l'expérience du juge ne l'empêchent pas de

they know. A judge's identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Judges should be encouraged to experience, learn and understand "life" — their own and those whose lives reflect different realities. The ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding. Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions.

In the present case, the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met. In addition to several disparaging and disrespectful remarks made by the trial judge and directed at counsel for the Yukon, several incidents occurred which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion.

The first was the trial judge's conduct during an incident where counsel for the Yukon attempted to cross-examine a witness based on confidential information contained in student files. After hearing some argument on the confidentiality issue, the trial judge told counsel he would entertain additional arguments on the matter the following day. However, he started the next day's proceedings with a ruling unfavourable to the Yukon and without giving the parties an opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, the trial judge's refusal to hear the Yukon's arguments after his ruling, and his reaction to counsel, are more disturbing. He both characterized the Yukon's behaviour as reprehensible and accused counsel for the Yukon of playing games. Viewed in the context of the entire record, the trial judge's conduct was troubling and problematic.

The trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from a witness who had suffered a stroke was also improper. The judge accused counsel for the Yukon of trying to delay the trial, criticized him for waiting half-way through the trial to make the application, suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, and warned counsel for the Yukon that he could be ordered to pay costs personally if he brought the application. There was no basis for the accusations and criticism levelled at counsel and, viewed in the

faire preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de la preuve et des questions en litige. Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent s'efforcer d'atteindre l'impartialité, ils ne sont pas tenus d'abandonner qui ils sont ou ce qu'ils savent. L'identité et l'expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l'impartialité. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d'autrui qui témoignent d'autres réalités. La capacité d'être ouvert d'esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension. L'impartialité exige donc, non pas qu'un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu'il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée.

En l'espèce, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait. Outre les commentaires désobligeants et irrespectueux que le juge du procès a faits envers l'avocat du Yukon, il s'est produit plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion.

Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours d'un incident durant lequel l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger un témoin sur la foi des renseignements confidentiels figurant dans les dossiers d'élèves. Après avoir entendu quelques arguments sur la question de la confidentialité, le juge du procès a dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur cette question le lendemain. Il a cependant ouvert l'audience le jour suivant en rendant une décision défavorable au Yukon et sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais le refus du juge du procès d'entendre les arguments du Yukon après le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Il a non seulement qualifié de répréhensible le comportement du Yukon, mais aussi accusé l'avocat du Yukon de jouer un petit jeu. Au vu de l'ensemble du dossier, le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

Le juge du procès a également réagi de manière inconvenante à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition d'un témoin qui avait été victime d'un accident vasculaire cérébral. Le juge a accusé l'avocat du Yukon de tenter de retarder le procès, l'a réprimandé pour avoir attendu le milieu du procès avant de présenter la demande, a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et a averti l'avocat du Yukon qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens s'il présentait la demande.

context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

Moreover, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. After the release of his reasons on the merits, the trial judge required each party to file their costs submissions on the same day. To the Yukon's surprise, the Board sought not only solicitor-client costs, but also punitive damages and solicitor-client costs retroactive to 2002. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum is questionable, particularly in light of the fact that the Yukon could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum. The judge's refusal is made all the more worrisome by his decision to award a lump-sum payment to the Board, in addition to retroactive costs.

All of these incidents, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

However, the Court of Appeal erred when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

In the present case, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that the Fondation franco-albertaine's vision could be said to "clearly align" with certain positions taken by Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. Although consideration of the trial judge's current role as governor of the Fondation franco-albertaine was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, his involvement with an organization whose

Le juge n'avait aucune raison de proférer des accusations et des réprimandes à l'endroit de l'avocat et, lorsqu'on examine cet incident dans le contexte de la suite du procès, il étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a enjoint aux parties de présenter leurs mémoires des dépens le même jour. À la surprise du Yukon, la Commission a sollicité non seulement les dépens avocat-client, mais aussi des dépens punitifs et des dépens avocat-client remontant à 2002. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que le Yukon ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire. Le refus du juge est d'autant plus inquiétant qu'il a décidé d'accorder une somme forfaitaire à la Commission, en plus des dépens rétroactifs.

Pris ensemble et situés dans leur contexte, tous ces incidents amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

Cependant, la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

En l'espèce, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que la vision de la Fondation franco-albertaine pourrait « très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si la prise en compte de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste

functions are largely undefined on the evidence cannot be said to give rise to a reasonable apprehension of bias.

The Court of Appeal's conclusion that the Board could not unilaterally decide whom to admit to its school should not be disturbed. There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders. In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for the children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the territorial regulation applicable to French-language instruction.

This, however, does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose.

Finally, it is unclear why the Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for determination of rights under the Yukon's *Languages Act*. The Board's claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified and should be determined at the new trial with the benefit of a full evidentiary record.

Cases Cited

Discussed: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; **referred to:** *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Miglin v. Miglin*, 2003 SCC 24, [2003] 1 S.C.R. 303, rev'g on other grounds (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Cojocaru v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 SCC 30, [2013] 2 S.C.R. 357; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851; *Brouillard v. The Queen*, [1985]

titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, son engagement dans un organisme, dont les attributions sont en grande partie indéfinies d'après la preuve, ne saurait faire naître une crainte raisonnable de partialité.

Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion de la Cour d'appel que la Commission n'était pas habilitée à décider unilatéralement qui pouvait être admis à son école. Il ne fait aucun doute qu'une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le règlement territorial applicable à l'instruction en français.

La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23.

Enfin, on ne voit pas pourquoi la Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par la *Loi sur les langues* du Yukon. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées et que ces demandes devraient être tranchées lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet.

Jurisprudence

Arrêt analysé : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; **arrêts mentionnés :** *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Miglin c. Miglin*, 2003 CSC 24, [2003] 1 R.C.S. 303, inf. pour d'autres motifs (2001), 53 O.R. (3d) 641; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Cojocaru c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999]

1 S.C.R. 39; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, 2009 SCC 47, [2009] 3 S.C.R. 208; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 14, [2005] 1 S.C.R. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, 2013 SCC 42, [2013] 2 S.C.R. 774.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information and Protection of Privacy Act, R.S.Y. 2002, c. 1.
Alberta Act, S.C. 1905, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 20), s. 17.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.
Constitution Act, 1867, ss. 93, 93A.
Constitution Act, 1982, s. 59.
Constitution Amendment, 1997 (Quebec), SI/97-141, s. 1.
Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act), SI/98-25, s. 1(2).
Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2, s. 293.
Education Act, R.S.Y. 2002, c. 61.
Education Act, 1995, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10.
French Language Instruction Regulation, Y.O.I.C. 1996/99, ss. 2, 9.
Languages Act, R.S.Y. 2002, c. 133, s. 6.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8), s. 22.
Northwest Territories Act, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*, S.C. 2014, c. 2, s. 2], s. 18(1)(*o*).
Nunavut Act, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(*m*).
Public Schools Act, R.S.M. 1987, c. P250, s. 21.15(5).
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 21), s. 17.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.
Yukon Act, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(*o*).

3 R.C.S. 851; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1; *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705; *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, 2009 CSC 47, [2009] 3 R.C.S. 208; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 R.C.S. 201; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, [2013] 2 R.C.S. 774.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.
French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 93A.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 59.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 8), art. 22.
Loi de 1995 sur l'éducation, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.Y. 2002, c. 1.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 20), art. 17.
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1990, c. E.2, art. 293.
Loi sur l'éducation, L.R.Y. 2002, c. 61.
Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, c. 42 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, nº 21), art. 17.
Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, c. 28, art. 23(1)(*m*).
Loi sur le Yukon, L.C. 2002, c. 7, art. 18(1)(*o*).
Loi sur les écoles publiques, L.R.M. 1987, c. P250, art. 21.15(5).
Loi sur les langues, L.R.Y. 2002, c. 133, art. 6.
Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2, art. 2], art. 18(1)(*o*).
Modification constitutionnelle de 1997 (Québec), TR/97-141, art. 1.
Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve), TR/98-25, art. 1(2).
Règlement sur l'instruction en français, Y.D. 1996/99, art. 2, 9.
School Act, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

Authors Cited

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.

Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*. Ottawa: The Council, 1998.

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process.* New Haven: Yale University Press, 1921.

Laskin, Bora. "The Common Law is Alive and Well — And, Well?" (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92.

Minow, Martha. "Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors" (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev*. 1201.

Webber, Jeremy. "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger" (1984), 29 *McGill L.J.* 369.

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Groberman, Bennett and MacKenzie JJ.A.), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. No. 6 (QL), 2014 CarswellYukon 10 (WL Can.), setting aside a decision of Ouellette J., 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. N° 132 (QL), 2011 CarswellYukon 67 (WL Can.), and ordering a new trial. Appeal largely dismissed.

Roger J. F. Lepage, *Francis P. Poulin* and *André Poulin-Denis*, for the appellant.

François Baril, *Maxime Faille* and *Mark Pindera*, for the respondent.

Dominique A. Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Karrie Wolfe, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Alan F. Jacobson and *Barbara C. Mysko*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Guy Régimbald, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

Doctrine et autres documents cités

Barak, Aharon. *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921.

Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, le Conseil, 1998.

Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges* (trad. par E. Didier), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991.

Laskin, Bora. « The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92.

Minow, Martha. « Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev*. 1201.

Webber, Jeremy. « The Limits to Judges' Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Groberman, Bennett et MacKenzie), 2014 YKCA 4, 351 B.C.A.C. 216, 599 W.A.C. 216, [2014] Y.J. n° 110 (QL), 2014 CarswellYukon 11 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Ouellette, 2011 YKSC 57, [2011] Y.J. n° 132 (QL), 2011 CarswellYukon 64 (WL Can.), et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté en grande partie.

Roger J. F. Lepage, *Francis P. Poulin* et *André Poulin-Denis*, pour l'appelante.

François Baril, *Maxime Faille* et *Mark Pindera*, pour l'intimée.

Dominique A. Jobin, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Karrie Wolfe, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Alan F. Jacobson et *Barbara C. Mysko*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Guy Régimbald, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

Pascale Giguère and *Mathew Croitoru*, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Robert W. Grant, *Q.C.*, *Maxine Vincelette* and *David P. Taylor*, for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau and *Sylvain Rouleau*, for the intervener Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power and *Justin Dubois*, for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] Abella J. — After a trial involving claims by the Yukon Francophone School Board about minority language education rights, the trial judge found that the Yukon government had failed to comply with its obligations under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Based largely on the conduct of the trial judge, the Court of Appeal concluded that there was a reasonable apprehension of bias and ordered a new trial. That conduct is at the centre of this appeal.

Background

[2] The Yukon Francophone School Board was established in 1996 and is the first and only school board in the Yukon. Public schools are generally administered directly by the Yukon government in consultation with school councils. Under the *Education Act*, R.S.Y. 2002, c. 61, school boards have considerably more authority than school councils. The Yukon Francophone School Board has responsibility for one school, École Émilie-Tremblay, a French-language school founded in 1984.

Pascale Giguère et *Mathew Croitoru*, pour l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada.

Robert W. Grant, *c.r.*, *Maxine Vincelette* et *David P. Taylor*, pour les intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique.

Nicolas M. Rouleau et *Sylvain Rouleau*, pour l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta.

Mark C. Power et *Justin Dubois*, pour les intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] La juge Abella — À l'issue d'un procès portant sur des demandes de la Commission scolaire francophone du Yukon concernant les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, le juge du procès a conclu que le gouvernement du Yukon n'avait pas respecté les obligations que lui imposait l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu en grande partie du comportement du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Ce comportement est au cœur du présent pourvoi.

Contexte

[2] La Commission scolaire francophone du Yukon a été créée en 1996. C'est la première et la seule commission scolaire au Yukon. En général, les écoles publiques sont administrées directement par le gouvernement du Yukon en consultation avec les conseils scolaires. Selon la *Loi sur l'éducation*, L.R.Y. 2002, c. 61, les commissions scolaires ont beaucoup plus de pouvoirs que les conseils scolaires. La Commission scolaire francophone du Yukon ne gère qu'une seule école, l'école Émilie-Tremblay, une école de langue française fondée en 1984.

[3] In 2009, the Board sued the Yukon government for what it claimed were deficiencies in the provision of minority language education. The trial took place in two phases. A number of incidents occurred during the trial which set the stage for the bias argument in the Court of Appeal. It is worth noting that, even during the course of the trial, the Yukon was concerned about bias and brought a recusal motion on the ground that certain comments and decisions by the trial judge, as well as his involvement in the francophone community in Alberta both before and during his time as a judge, gave rise to a reasonable apprehension of bias. The trial judge dismissed the motion, finding that many of the acts complained of by the Yukon were procedural in nature and involved decisions of a discretionary nature. He also concluded that his involvement in the francophone community created no reasonable apprehension of bias, observing that counsel for the Yukon did not raise the issue when the case was assigned nor at an earlier point in the proceedings.

[4] The trial judge's decision on the merits touched on a number of issues, only two of which remain relevant in this appeal. He concluded that the Yukon had failed to give the Board adequate management and control of French-language education in accordance with s. 23 of the *Charter* and the *Education Act*, and that the Board had the authority to determine which students would be admitted to the French school, including those not expressly contemplated by s. 23 of the *Charter*. He also ordered the Yukon to communicate with and provide services to the Board in French, in compliance with s. 6 of the *Languages Act*, R.S.Y. 2002, c. 133. The Yukon government appealed.

[5] On appeal, the Court of Appeal noted that an apprehension of bias can arise either from what a judge says or does during a hearing, or from extrinsic evidence showing that the judge is likely to have strong predispositions preventing him or her from impartially considering the issues in the case.

[3] En 2009, la Commission a intenté une poursuite contre le gouvernement du Yukon pour ce qui, selon elle, constituait des failles dans la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité. Le procès s'est déroulé en deux volets. Plusieurs incidents survenus durant le procès ont ouvert la voie à l'allégation de partialité faite en Cour d'appel. Il convient de noter que, même durant le procès, le Yukon craignait que le juge du procès ne soit partial et a présenté une requête en récusation au motif que des commentaires et décisions du juge du procès ainsi que son engagement dans la communauté francophone de l'Alberta tant avant que pendant la période où il était juge suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a rejeté la requête, concluant que bon nombre des actes que lui reprochait le Yukon étaient de nature procédurale et touchaient des décisions discrétionnaires. Il a également conclu que son engagement dans la communauté francophone ne créait aucune crainte raisonnable de partialité et a fait remarquer que l'avocat du Yukon n'avait pas soulevé la question au moment où l'affaire lui avait été confiée, ni plus tôt durant l'instance.

[4] La décision du juge du procès sur le fond abordait plusieurs points, dont seulement deux demeurent pertinents en l'espèce. Il a conclu que le Yukon n'avait pas accordé à la Commission le niveau suffisant de gestion et de contrôle à l'égard de l'instruction en français conformément à l'art. 23 de la *Charte* et à la *Loi sur l'éducation*, et que la Commission avait le pouvoir de choisir les élèves qui seraient admis à l'école de langue française, y compris ceux qui ne sont pas expressément visés par l'art. 23 de la *Charte*. Il a également ordonné au Yukon de communiquer avec la Commission en français et de lui fournir des services dans cette langue, conformément à l'art. 6 de la *Loi sur les langues*, L.R.Y. 2002, c. 133. Le gouvernement du Yukon a interjeté appel de cette décision.

[5] En appel, la Cour d'appel a indiqué qu'une crainte de partialité peut découler soit des propos ou des actes d'un juge au cours d'une audience, soit d'une preuve extrinsèque démontrant que le juge, selon toute probabilité, a des prédispositions profondes qui l'empêchent d'examiner avec impartialité

After reviewing the transcript and the trial judge's written rulings, the Court of Appeal concluded that, based on a number of incidents as well as on the trial judge's involvement in the francophone community, the threshold for a finding that there was a reasonable apprehension of bias had been met. It referred to a number of problematic occurrences during the trial.

[6] The first related to an incident involving the confidentiality of student files. At one point during the trial, counsel for the Yukon, using information in student files, attempted to cross-examine a parent who testified that his children had transferred from the French school because it lacked special needs resources. Counsel for the Board objected, arguing in part that the files were confidential.

[7] The trial judge heard general submissions on the issue and expressed concern that the Yukon may have breached its confidentiality obligations by sharing the files with its counsel. He indicated, however, that the issue was very important and that he would entertain additional arguments the following morning. The next morning, rather than invite further submissions, the trial judge instead immediately commenced the proceedings by ruling that, by sharing the files, the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, R.S.Y. 2002, c. 1. In the trial judge's view, such conduct was [TRANSLATION] "objectionable and reprehensible".

[8] After the ruling, counsel for the Yukon, who had intended to present further argument on the issue, reminded the trial judge that he had indicated the previous day that he would entertain additional submissions. The trial judge, however, refused to hear further argument, instead repeatedly asking counsel whether he had obtained consent to use the files. When counsel reminded the judge that both parties had disclosed many student records during the discovery process, the trial judge accused him of playing games.

les questions dont il est saisi. Après avoir lu la transcription du procès et les décisions écrites du juge du procès, la Cour d'appel a conclu qu'étant donné certains incidents et l'engagement du juge du procès dans la communauté francophone, le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité avait été satisfait. Elle a fait état de nombreuses situations problématiques survenues pendant le procès.

[6] La première concernait un incident relatif à la confidentialité des dossiers d'élèves. À un moment donné durant le procès, l'avocat du Yukon, à l'aide de renseignements contenus dans les dossiers d'élèves, a tenté de contre-interroger un parent qui avait témoigné que ses enfants avaient quitté l'école de langue française car celle-ci manquait de ressources pour répondre aux besoins spéciaux. L'avocat de la Commission s'y est opposé, faisant notamment valoir que les dossiers étaient confidentiels.

[7] Le juge du procès a entendu des observations générales sur la question et s'est dit préoccupé par la possibilité que le Yukon ait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers à son avocat. Il a toutefois indiqué que la question était très importante et qu'il entendrait d'autres arguments le lendemain matin. Le matin suivant, plutôt que d'inviter les avocats à présenter d'autres observations, le juge du procès a immédiatement ouvert l'audience en décidant que, par sa communication des dossiers, le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.Y. 2002, c. 1. Aux dires du juge du procès, ce comportement était « reprochable et répréhensible ».

[8] À la suite de cette décision, l'avocat du Yukon, qui souhaitait présenter d'autres arguments sur la question, a rappelé au juge du procès qu'il avait indiqué la veille qu'il entendrait d'autres observations. Le juge du procès a toutefois refusé d'entendre d'autres arguments, demandant plutôt maintes fois à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers. Lorsque l'avocat a rappelé au juge que les parties avaient toutes deux divulgué de nombreux dossiers d'élèves pendant les interrogatoires préalables, le juge du procès l'a accusé de jouer un petit jeu.

[9] In reviewing the incident, the Court of Appeal found that although there was no obvious explanation for the trial judge's decision to start the proceedings before hearing from counsel with a ruling suggesting that the Yukon had breached its confidentiality obligations by sharing the files, this by itself did not necessarily reflect an animus against the Yukon and its counsel. But his reaction to counsel's subsequent attempt to raise concerns and draw his attention to statutory provisions which had been overlooked, was more troubling. In the Court of Appeal's view, "[i]t [did] not appear that the judge's questions were genuinely directed at obtaining information; rather the impression left by the transcript is that the judge was, in effect, taunting counsel."

[9] En examinant l'incident, la Cour d'appel a conclu que, même si rien n'expliquait clairement pourquoi le juge du procès avait choisi d'ouvrir l'audience avant d'entendre l'avocat en rendant une décision qui porte à croire que le Yukon avait manqué à ses obligations de confidentialité en communiquant les dossiers, ce comportement ne témoignait pas en soi d'animosité envers le Yukon et son avocat. Mais sa réaction à la tentative ultérieure de l'avocat d'exprimer des préoccupations et de porter à son attention certaines dispositions législatives dont il n'avait pas tenu compte était plus troublante. Selon la Cour d'appel, « [i]l semble que les questions ne visaient pas véritablement l'obtention d'information; on dirait plutôt, d'après la transcription, que le juge défiait l'avocat. »

[10] Similarly, when another issue involving the confidentiality of student files arose again later in the trial, the Court of Appeal found that the trial judge's criticism that counsel's submissions lacked conviction and sincerity, was not justified. It was also concerned more generally that the trial judge's treatment of counsel "with a lack of respect on many occasions during the trial" contributed to the conclusion that there was a reasonable apprehension of bias.

[10] De même, la Cour d'appel a conclu que, quand une autre question concernant la confidentialité des dossiers d'élèves a été soulevée plus tard au cours du procès, le juge du procès n'était pas fondé à reprocher à l'avocat le manque de conviction et de sincérité de ses observations. De façon plus générale, elle était également d'avis que le fait que le juge du procès ait « manqué de respect envers l'avocat du [Yukon] à de nombreuses reprises au cours du procès » a contribué à la conclusion qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

[11] In another rebuke, the Court of Appeal was of the view that the trial judge's treatment of the Yukon's request to submit affidavit evidence from one of its witnesses was unwarranted. The Yukon anticipated calling Gordon DeBruyn, an employee with the Department of Education, to testify at the trial. Mr. DeBruyn, however, suffered a stroke just before the trial was to begin. The trial judge refused to grant the Yukon an adjournment, deciding instead to divide the trial into two phases, with the issues related to Mr. DeBruyn's anticipated evidence deferred to the second phase.

[11] Autre rebuffade, la Cour d'appel a estimé que la façon dont le juge du procès avait traité la demande du Yukon en vue de présenter la déposition d'un de ses témoins par voie d'affidavit était injustifiée. Le Yukon prévoyait appeler Gordon DeBruyn, un fonctionnaire du ministère de l'Éducation, à témoigner au procès. Toutefois, M. DeBruyn a été victime d'un accident vasculaire cérébral (AVC) juste avant l'ouverture du procès. Le juge du procès a refusé d'accorder un ajournement au Yukon et a plutôt décidé de diviser le procès en deux volets et de reporter l'étude des questions liées au témoignage prévu de M. DeBruyn au deuxième volet.

[12] Shortly after the second phase of the trial began, counsel for the Yukon told the trial judge that he would be seeking to submit the evidence of Mr. DeBruyn by affidavit because he had not yet fully recovered from his stroke. A letter from a speech

[12] Peu après le début du second volet du procès, l'avocat du Yukon a informé le juge du procès qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage de M. DeBruyn par voie d'affidavit parce que ce dernier ne s'était pas complètement remis de

pathologist confirmed that Mr. DeBruyn continued to experience mild residual aphasia and that being confronted with questions during cross-examination could cause stress that would exacerbate his communication difficulties.

[13] Criticizing counsel for not having determined the witness's condition earlier, the trial judge saw no basis for granting the request based on the letter from the speech pathologist. He noted that Mr. DeBruyn had returned to work and was present in the courtroom, and questioned whether he was, in fact, a necessary witness. While he told counsel that he could still bring the application, he also warned him that it could be viewed as an attempt to cause a delay in the proceedings which could result in an order for costs against him personally. Counsel accordingly decided not to make the application and Mr. DeBruyn did not testify. In describing the situation in his subsequent costs ruling, the trial judge found that the incident amounted to bad faith on the Yukon's part.

[14] The Court of Appeal disagreed. It found that there was no basis for concluding that Mr. DeBruyn was not an important witness or, given Mr. DeBruyn's ongoing recovery from his stroke, for criticizing counsel for waiting until the beginning of the second phase before indicating that he would be seeking to submit affidavit evidence. In accusing counsel of engaging in delaying tactics and threatening him with a personal order for costs, the trial judge's conduct was suggestive of bias.

[15] Moreover, the Court of Appeal found the trial judge's refusal to allow the Yukon to file reply costs submissions and his procedure for awarding costs to be "grossly unfair". After the release of his reasons on the merits, the trial judge gave each party 14 days to make costs submissions, to be submitted at the same time. When the Yukon got the Board's submissions, it asked the trial judge if it could file a reply because the Board sought not only solicitor-client costs, but, in addition, [TRANSLATION] "punitive costs" and costs

son AVC. La lettre d'une orthophoniste a confirmé que M. DeBruyn souffrait toujours d'une aphasie résiduelle légère et que se faire poser des questions pendant un contre-interrogatoire pourrait lui causer un stress qui aggraverait ses problèmes de communication.

[13] Réprimandant l'avocat pour ne pas avoir déterminé plus tôt l'état de santé du témoin, le juge du procès n'a vu aucune raison d'accueillir la demande sur le fondement de la lettre de l'orthophoniste. Il a fait remarquer que M. DeBruyn était retourné au travail et se trouvait dans la salle d'audience, et a mis en doute le fait même qu'il soit un témoin essentiel. Bien que le juge du procès ait dit à l'avocat qu'il pouvait tout de même présenter sa demande, il l'a également averti que cette demande pouvait être perçue comme une tentative de prolonger l'instance, ce qui pourrait donner lieu à une condamnation aux dépens contre lui personnellement. L'avocat a donc décidé de ne pas présenter sa demande et M. DeBruyn n'a pas témoigné. En décrivant la situation dans son jugement subséquent sur les dépens, le juge du procès a conclu que cet incident était un exemple de mauvaise foi de la part du Yukon.

[14] La Cour d'appel ne partageait pas cet avis. Selon elle, le juge du procès n'avait aucune raison de conclure que M. DeBruyn n'était pas un témoin important ni, compte tenu du rétablissement en cours de M. DeBruyn à la suite de son AVC, de critiquer l'avocat pour avoir attendu le début du second volet avant de faire savoir qu'il demanderait l'autorisation de présenter le témoignage par voie d'affidavit. En accusant l'avocat de se livrer à des tactiques dilatoires et en le menaçant de le condamner personnellement aux dépens, le juge du procès a agi de manière à laisser croire qu'il était partial.

[15] Par ailleurs, la Cour d'appel a conclu que le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens et la procédure qu'il a adoptée dans l'octroi des dépens étaient « nettement injuste[s] ». Après le prononcé de ses motifs sur le fond, le juge du procès a accordé aux parties 14 jours pour présenter leurs mémoires des dépens, et elles devaient les présenter en même temps. Lorsque le Yukon a reçu le mémoire de la Commission, il a demandé au juge

retroactive to 2002. The trial judge refused the request to make further submissions, instead asking the government provide him with [TRANSLATION] "the details of and schedule for the concessions [the Yukon] will still make to the [Board]". Based in part on his view that the evidence demonstrated bad faith and numerous breaches of s. 23 of the *Charter*, the trial judge awarded the Board $969,190 in costs on a solicitor-client basis as well as an additional "lump sum" of $484,595 (50% of the solicitor-client costs).

du procès s'il pouvait déposer une réponse parce que la Commission sollicitait non seulement les dépens procureur-client, mais aussi des « dépens punitifs » et des dépens remontant à 2002. Le juge du procès a refusé la demande de présentation d'une réponse, demandant plutôt au gouvernement de lui remettre « les détails et l'échéancier des concessions que [le Yukon] va toujours accorder à la [Commission scolaire] ». Le juge du procès a accordé à la Commission 969 190 $ en dépens sur la base avocat-client ainsi qu'un « montant forfaitaire » additionnel de 484 595 $ (50 % des dépens avocat-client), en partie parce qu'il estimait que la preuve démontrait la mauvaise foi du Yukon et l'existence de nombreuses violations de l'art. 23 de la *Charte*.

[16] The Court of Appeal set aside the costs order. Acknowledging that a reasonable apprehension of bias with respect to the costs proceeding did not necessarily amount to a reasonable apprehension of bias at trial, it was nonetheless of the view that the Yukon should have been given the opportunity to reply because it could not reasonably have anticipated the unusually expansive costs claim advanced by the Board.

[16] La Cour d'appel a annulé l'ordonnance relative aux dépens. Reconnaissant qu'une crainte raisonnable de partialité à l'égard des dépens ne constituait pas nécessairement une crainte raisonnable de partialité lors du procès, elle était néanmoins d'avis que le Yukon aurait dû avoir l'occasion de répondre parce qu'il ne pouvait raisonnablement prévoir l'ampleur inhabituelle des dépens réclamés par la Commission.

[17] As for the Yukon's bias argument about the trial judge's involvement in the francophone community in Alberta, the Court of Appeal concluded that the trial judge's background *before* becoming a judge did not raise a reasonable apprehension of bias:

[17] Quant à l'allégation de partialité présentée par le Yukon au sujet de l'engagement du juge du procès dans la communauté francophone de l'Alberta, la Cour d'appel a conclu que les antécédents du juge du procès *précédant* son accession à la magistrature ne suscitaient aucune crainte raisonnable de partialité :

> The fact that the judge in this case had experience in the provision of minority language education was, in fact, a positive attribute. He was able to approach the issues with important insights gained from his experience. [para. 181]

> L'expérience du juge de première instance dans l'instruction dans la langue de la minorité est, en l'espèce, un attribut positif. Il était en mesure d'aborder les questions avec une connaissance qui lui est propre et qui découle de son expérience. [par. 181]

[18] On the other hand, the Court of Appeal found his involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge on this case to be inappropriate. The Fondation franco-albertaine promoted a particular vision of the francophone community which, according to the Court of Appeal, would "clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case". If the trial judge wanted to

[18] En revanche, la Cour d'appel a conclu que son engagement à titre de gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu'il était saisi de la présente affaire était inconvenant. La Fondation franco-albertaine défendait une vision précise de la communauté francophone qui, selon la Cour d'appel, pourrait « très bien s'harmoniser avec certaines positions mises de l'avant par la [Commission] en

remain involved in the Fondation franco-albertaine, he had to refrain from sitting on cases such as the one under appeal. While there was nothing in the record suggesting that the Yukon knew or ought to have known about the judge's background, in the Court of Appeal's view, parties are not expected to research a judge's history and are entitled to assume that the judge will disclose anything of relevant concern about his or her background.

[19] Ultimately, the Court of Appeal concluded that the trial judge's conduct during the trial and his association with the Fondation franco-albertaine gave rise to a reasonable apprehension of bias. A new trial was therefore ordered on most issues. The Court of Appeal, however, did not send back all the legal issues, making determinations about two of them which were appealed to this Court. First, it held that the trial judge erred in interpreting s. 23 of the *Charter* to give the Board the unilateral right to set admission criteria so as to include students who are not covered by s. 23. Second, it concluded that the trial judge erred in ordering all of the Yukon's communications with the Board to be in French since, in its view, the s. 6 *Languages Act* claims were not appropriately part of the litigation.

Analysis

[20] The test for a reasonable apprehension of bias is undisputed and was first articulated by this Court as follows:

> . . . what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly. [Citation omitted.]

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J. (dissenting))

l'espèce ». Si le juge du procès désirait poursuivre son engagement au sein de la Fondation franco-albertaine, il devait s'abstenir de siéger dans des affaires comme celle-ci. Rien dans le dossier ne portait à croire que le Yukon connaissait ou aurait dû connaître le parcours du juge mais, selon la Cour d'appel, on n'attend pas des parties qu'elles fassent des recherches sur le passé d'un juge et elles ont le droit de présumer que le juge dévoilera tout élément pertinent de son vécu.

[19] En fin de compte, la Cour d'appel a conclu que le comportement du juge au cours du procès et son association avec la Fondation franco-albertaine suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Elle a donc ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à la plupart des questions. La Cour d'appel n'a cependant pas renvoyé toutes les questions de droit et a tranché deux d'entre elles, qui font l'objet du pourvoi devant notre Cour. Premièrement, elle a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en affirmant que l'art. 23 de la *Charte* conférait à la Commission le droit unilatéral de fixer les critères d'admission de manière à inclure les élèves qui ne sont pas visés par l'art. 23. Deuxièmement, elle a conclu que le juge du procès avait fait erreur en ordonnant que toutes les communications entre le Yukon et la Commission soient en français puisque, à son avis, les demandes fondées sur l'art. 6 de la *Loi sur les langues* ne faisaient pas partie à juste titre du litige.

Analyse

[20] Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité n'est pas contesté et il a été formulé pour la première fois par notre Cour en ces termes :

> . . . à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? [Référence omise.]

(*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré (dissident))

[21] This test — what would a reasonable, informed person think — has consistently been endorsed and clarified by this Court: e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 60; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 199; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, at para. 26; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 46; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, per Major J., at para. 31, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ., at para. 111, per Cory J.; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at para. 45; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 684.

[22] The objective of the test is to ensure not only the reality, but the *appearance* of a fair adjudicative process. The issue of bias is thus inextricably linked to the need for impartiality. In *Valente*, Le Dain J. connected the dots from an absence of bias to impartiality, concluding "[i]mpartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case" and "connotes absence of bias, actual or perceived": p. 685. Impartiality and the absence of the bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind: see *S. (R.D.)*, at para. 49, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

[23] In *Wewaykum*, this Court confirmed the requirement of impartial adjudication for maintaining public confidence in the ability of a judge to be genuinely open:

> . . . public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.
>
> The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. [Emphasis added; paras. 57-58.]

[21] Ce critère — à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée — a été constamment approuvé et précisé par notre Cour : p. ex., *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 60; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 199; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 26; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 46; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, le juge Major, par. 31, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, par. 111, le juge Cory; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, par. 45; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684.

[22] L'objectif du critère est d'assurer non seulement l'existence, mais l'*apparence* d'un processus décisionnel juste. La question de la partialité est donc inextricablement liée au besoin d'impartialité. Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain a fait le lien entre l'absence de préjugé et l'impartialité, concluant que « [l]'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée » et « connote une absence de préjugé, réel ou apparent » : p. 685. Les notions d'impartialité et d'absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu'éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert : voir *S. (R.D.)*, par. 49, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.

[23] Dans l'arrêt *Wewaykum*, notre Cour a confirmé la nécessité de statuer en toute impartialité pour préserver la confiance du public dans la capacité du juge d'être véritablement ouvert d'esprit :

> . . . la confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.
>
> L'essence de l'impartialité est l'obligation qu'a le juge d'aborder avec un esprit ouvert l'affaire qu'il doit trancher. [Je souligne; par. 57-58.]

[24] Or, as Jeremy Webber observed, "impartiality is a cardinal virtue in a judge. For adjudication to be accepted, litigants must have confidence that the judge is not influenced by irrelevant considerations to favour one side or the other": "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger" (1984), 29 *McGill L.J.* 369, at p. 389.

[25] Because there is a strong presumption of judicial impartiality that is not easily displaced (*Cojocaru v. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, [2013] 2 S.C.R. 357, at para. 22), the test for a reasonable apprehension of bias requires a "real likelihood or probability of bias" and that a judge's individual comments during a trial not be seen in isolation: see *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [1999] 3 S.C.R. 851, at para. 2; *S. (R.D.)*, at para. 134, per Cory J.

[26] The inquiry into whether a decision-maker's conduct creates a reasonable apprehension of bias, as a result, is inherently contextual and fact-specific, and there is a correspondingly high burden of proving the claim on the party alleging bias: see *Wewaykum*, at para. 77; *S. (R.D.)*, at para. 114, per Cory J. As Cory J. observed in *S. (R.D.)*:

> . . . allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding. [Emphasis added; para. 141.]

[27] That said, this Court has recognized that a trial judge's conduct, and particularly his or her interventions, can rebut the presumption of impartiality. In *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, for example, the trial judge had asked a defence

[24] Ou, comme l'a fait observer Jeremy Webber, [TRADUCTION] « l'impartialité est une vertu essentielle chez un juge. Pour que la décision soit acceptée, les parties doivent avoir la certitude que le juge n'est pas incité par des considérations non pertinentes à favoriser une partie plutôt que l'autre » : « The Limits to Judges' Free Speech : A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr Justice Berger » (1984), 29 *R.D. McGill* 369, p. 389.

[25] Puisqu'il y a une forte présomption d'impartialité judiciaire qui n'est pas facilement réfutable (*Cojocaru c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, [2013] 2 R.C.S. 357, par. 22), le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une « réelle probabilité de partialité » et que les commentaires faits par le juge pendant un procès ne soient pas considérés isolément : voir *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [1999] 3 R.C.S. 851, par. 2; *S. (R.D.)*, par. 134, le juge Cory.

[26] Par conséquent, l'analyse de la question de savoir si le comportement du décideur suscite une crainte raisonnable de partialité est intrinsèquement contextuelle et fonction des faits, et le fardeau d'établir la partialité qui incombe à la partie qui en allègue l'existence est donc élevé : voir *Wewaykum*, par. 77; *S. (R.D.)*, par. 114, le juge Cory. Comme le juge Cory l'a fait observer dans l'arrêt *S. (R.D.)* :

> . . . les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l'impression qu'une décision a été prise sur la foi d'un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence : les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et [eu égard] à l'ensemble de la procédure. [Je souligne; par. 141.]

[27] Cela dit, notre Cour a reconnu que le comportement du juge du procès, et particulièrement ses interventions, peuvent réfuter la présomption d'impartialité. Dans *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, par exemple, le juge du procès avait posé

witness almost sixty questions and interrupted her more than ten times during her testimony. He also asked the accused more questions than both counsel, interrupted him dozens of times, and subjected him and another witness to repeated sarcasm. Lamer J. noted that a judge's interventions by themselves are not necessarily reflective of bias. On the contrary,

> it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order. [p. 44]

[28] On the other hand, Lamer J. endorsed and applied the following cautionary comments of Lord Denning in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.):

> Nevertheless, we are quite clear that the interventions, taken together, were far more than they should have been. In the system of trial which we have evolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large . . . . [p. 159]

(See also *Take and Save Trading CC v. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (S.C.A.), at para. 4.)

[29] Although Lamer J. was not convinced that the trial judge was actually biased, there was enough doubt in his mind to conclude that a new trial was warranted in the circumstances of the case.

[30] In *Miglin*, another case where the allegation of bias arose because of the trial judge's interventions, this Court agreed with the Court of Appeal for Ontario that while many of the trial judge's interventions were unfortunate and reflected impatience with one of the witnesses, the high threshold necessary to

à un témoin de la défense près de soixante questions et l'avait interrompu plus de dix fois pendant son témoignage. Il avait également posé à l'accusé davantage de questions que les deux avocats, l'avait interrompu une douzaine de fois et avait fait preuve maintes fois de sarcasme envers lui et un autre témoin. Le juge Lamer a signalé que les interventions d'un juge en soi ne témoignent pas nécessairement d'une partialité. Au contraire,

> il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre. [p. 44]

[28] En revanche, le juge Lamer a approuvé et appliqué la mise en garde suivante de lord Denning dans *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.) :

> [TRADUCTION] Nous sommes néanmoins sûrs que les interventions en cause, prises ensemble, dépassent largement les bornes de ce qui est permis. Selon le mode d'instruction que nous avons dans ce pays, le rôle du juge consiste à entendre et à trancher les questions que soulèvent les parties et non pas à mener une enquête au nom de la société dans son ensemble . . . [p. 159]

(Voir également *Take and Save Trading CC c. Standard Bank of SA Ltd.*, 2004 (4) S.A. 1 (C.S.A.), par. 4.)

[29] Le juge Lamer n'était pas convaincu que le juge du procès était réellement partial, mais il y avait suffisamment de doute dans son esprit pour conclure que la tenue d'un nouveau procès était justifiée dans les circonstances.

[30] Dans *Miglin*, une autre affaire où l'allégation de partialité découlait des interventions du juge du procès, notre Cour a convenu avec la Cour d'appel de l'Ontario que, si bon nombre des interventions du juge du procès étaient regrettables et traduisaient de l'impatience envers un des témoins, le seuil élevé

establish a reasonable apprehension of bias had not been met. The Court of Appeal observed:

> The principle [that the grounds for an apprehension of bias must be substantial] was adopted and amplified in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, . . . to reflect the overriding principle that the judge's words and conduct must demonstrate to a reasonable and informed person that he or she is open to the evidence and arguments presented. The threshold for bias is a high one because the integrity of the administration of justice presumes fairness, impartiality and integrity in the performance of the judicial role, a presumption that can only be rebutted by evidence of an unfair trial. Where, however, the presumption is so rebutted, the integrity of the justice system demands a new trial.
>
> The assessment of judicial bias is a difficult one. It requires a careful and thorough review of the proceedings, since the cumulative effect of the alleged improprieties is more relevant than any single transgression . . . . [Citations omitted; (2001), 53 O.R. (3d) 641, at paras. 29-30.]

[31] As for how to assess the impact of a judge's identity, experiences and affiliations on a perception of bias, Cory J.'s comments in *S. (R.D.)* helpfully set the stage:

> Regardless of their background, gender, ethnic origin or race, all judges owe a fundamental duty to the community to render impartial decisions and to appear impartial. It follows that judges must strive to ensure that no word or action during the course of the trial or in delivering judgment might leave the reasonable, informed person with the impression that an issue was predetermined or that a question was decided on the basis of stereotypical assumptions or generalizations. [para. 120]

[32] But it is also important to remember the words of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. in *S. (R.D.)*, where they compellingly explained the intersecting relationship between a judge's background and the judicial role:

> . . . judges in a bilingual, multiracial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been

qu'il fallait franchir pour démontrer une crainte raisonnable de partialité n'avait pas été atteint. La Cour d'appel a fait observer ce qui suit :

> [TRADUCTION] Le principe [selon lequel les motifs de crainte de partialité doivent être sérieux] a été adopté et élargi dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [. . .] de façon à mettre en évidence le principe dominant que les paroles et la conduite du juge doivent convaincre une personne raisonnable et bien renseignée qu'il est ouvert à la preuve et aux arguments présentés. Le seuil de partialité est élevé puisque l'intégrité de l'administration de la justice suppose l'équité, l'impartialité et l'intégrité dans l'exercice de la fonction judiciaire, une présomption qui ne peut être réfutée que par la preuve d'un procès inéquitable. Toutefois, lorsque la présomption est ainsi réfutée, l'intégrité du système judiciaire exige la tenue d'un nouveau procès.
>
> Il est difficile d'évaluer la partialité judiciaire. Cela nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance, puisque l'effet cumulatif des irrégularités alléguées compte davantage qu'une seule transgression . . . [Références omises; (2001), 53 O.R. (3d) 641, par. 29-30.]

[31] En ce qui concerne la façon dont il convient d'évaluer les répercussions de l'identité, de l'expérience et des affiliations du juge sur une apparence de partialité, les commentaires du juge Cory dans l'arrêt *S. (R.D.)* constituent un point de départ utile :

> Peu importe leur formation, leur sexe, leur origine ethnique ou raciale, tous les juges ont l'obligation fondamentale envers la collectivité de rendre des décisions impartiales et de paraître impartiaux. Il s'ensuit que les juges doivent s'efforcer de ne prononcer aucune parole et de n'accomplir aucun acte durant le procès ou en rendant jugement qui puisse donner à une personne raisonnable et bien renseignée l'impression qu'une question a été jugée prématurément ou tranchée sur la foi de suppositions ou de généralisations stéréotypées. [par. 120]

[32] Mais il importe également de se rappeler des propos des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans *S. (R.D.)*, où elles ont expliqué de manière convaincante l'interrelation entre les antécédents du juge et la fonction judiciaire :

> . . . il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l'exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre.

shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.

It is apparent, and a reasonable person would expect, that triers of fact will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives on the world in which the events in dispute in the courtroom took place. Indeed, judges must rely on their background knowledge in fulfilling their adjudicative function. [paras. 38-39]

[33] Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge's identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues. There is, in other words, a crucial difference between an open mind and empty one. Bora Laskin noted that the strength of the common law lies in part in the fact that

the judges who administer it represent in themselves and in their work a mix of attitudes and a mix of opinions about the world in which they live and about the society in which they carry on their judicial duties. It is salutary that this is so, and eminently desirable that it should continue to be so.

("The Common Law is Alive and Well — And, Well?" (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92, at p. 99)

[34] The reasonable apprehension of bias test recognizes that while judges "must strive for impartiality", they are not required to abandon who they are or what they know: *S. (R.D.)*, at para. 29, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; see also *S. (R.D.)*, at para. 119, per Cory J. A judge's identity and experiences are an important part of who he or she is, and neither neutrality nor impartiality is inherently compromised by them. Justice is the aspirational application of law to life. Judges should be encouraged

Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s'attendre à ce qu'il s'en départisse dès qu'il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu'il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d'une diversité d'expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s'attend pas à ce que le juge joue le rôle d'un figurant neutre; elle exige cependant qu'il fasse preuve d'impartialité lorsqu'il rend justice.

Il est manifeste, et la personne raisonnable s'y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s'appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. [par. 38-39]

[33] L'impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l'identité et l'expérience du juge ne l'empêchent pas de faire preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de la preuve et des questions en litige. Autrement dit, il y a une différence capitale entre un esprit ouvert et un esprit vide. Bora Laskin a indiqué que la force de la common law réside en partie dans le fait que

[TRADUCTION] les juges qui l'appliquent incarnent en soi et dans leur travail un mélange d'attitudes et d'opinions concernant le monde dans lequel ils vivent et la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions judiciaires. Heureusement qu'il en est ainsi, et il est éminemment souhaitable qu'il en soit toujours ainsi.

(« The Common Law is Alive and Well — And, Well? » (1975), 9 *L. Soc'y Gaz.* 92, p. 99)

[34] Le critère de la crainte raisonnable de partialité reconnaît que, bien que les juges doivent « s'efforcer d'atteindre l'impartialité », ils ne sont pas tenus d'abandonner qui ils sont ou ce qu'ils savent : *S. (R.D.)*, par. 29, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; voir aussi *S. (R.D.)*, par. 119, le juge Cory. L'identité et l'expérience du juge forment une partie importante de qui il est, et ces deux aspects ne compromettent intrinsèquement ni la neutralité ni l'impartialité. La justice constitue l'application

to experience, learn and understand "life" — their own and those whose lives reflect different realities. As Martha Minow elegantly noted, the ability to be open-minded is enhanced by such knowledge and understanding:

None of us can know anything except by building upon, challenging, responding to what we already have known, what we see from where we stand. But we can insist on seeing what we are used to seeing, or else we can try to see something new and fresh. The latter is the open mind we hope for from those who judge, but not the mind as a sieve without prior reference points and commitments. We want judges and juries to be objective about the facts and the questions of guilt and innocence but committed to building upon what they already know about the world, human beings, and each person's own implication in the lives of others. Pretending not to know risks leaving unexamined the very assumptions that deserve reconsideration.

("Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience: Bias and Impartiality of Judges and Jurors" (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, at p. 1217)

[35] This recognition was reinforced by Cameron A.J. of the Constitutional Court of South Africa in *South African Commercial Catering and Allied Workers Union v. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705:

. . . "absolute neutrality" is something of a chimera in the judicial context. This is because Judges are human. They are unavoidably the product of their own life experiences and the perspective thus derived inevitably and distinctively informs each Judge's performance of his or her judicial duties. But colourless neutrality stands in contrast to judicial impartiality . . . . Impartiality is that quality of open-minded readiness to persuasion — without unfitting adherence to either party or to the Judge's own predilections, preconceptions and personal views — that is the keystone of a civilised system of adjudication. Impartiality requires, in short, "a mind open to persuasion by the evidence and the submissions of counsel"; and, in

ambitieuse de la loi à la vie. Les juges devraient être encouragés à expérimenter, à apprendre et à saisir la « vie » : la leur et celles d'autrui qui témoignent d'autres réalités. Comme l'a élégamment fait remarquer Martha Minow, la capacité d'être ouvert d'esprit est renforcée par ces connaissances et cette compréhension :

[TRADUCTION] Ce n'est qu'en tirant profit de nos connaissances et de nos perspectives, en les remettant en question et en en tenant compte que nous pouvons savoir quoi que ce soit. Nous pouvons insister pour voir ce que l'on est habitué de voir, ou bien nous pouvons essayer de voir quelque chose de nouveau. Cette dernière approche est l'ouverture d'esprit à laquelle on s'attend de la part des personnes qui jugent, sans toutefois que leur esprit s'apparente à un filtre sans point de repère ni engagement antérieurs. Nous voulons que les juges et les jurys soient objectifs vis-à-vis des faits et des questions de culpabilité et d'innocence, mais engagés à tirer profit de ce qu'ils savent déjà à propos du monde, des êtres humains et de la participation de chaque personne dans la vie d'autrui. Faire semblant de ne rien savoir risque de laisser non examinées les présomptions mêmes qui méritent d'être revues.

(« Stripped Down Like a Runner or Enriched by Experience : Bias and Impartiality of Judges and Jurors » (1992), 33 *Wm. & Mary L. Rev.* 1201, p. 1217)

[35] Cette reconnaissance a été renforcée par le juge Cameron, de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, dans l'arrêt *South African Commercial Catering and Allied Workers Union c. Irvin & Johnson Ltd. (Seafoods Division Fish Processing)*, 2000 (3) S.A. 705 :

[TRADUCTION] . . . la « neutralité absolue » est en quelque sorte une chimère dans le contexte judiciaire. Il en est ainsi parce que les juges sont humains. Ils sont inévitablement le produit de leur propre vécu, et la perspective qui en découle façonne inévitablement et distinctivement la façon dont chaque juge exerce ses fonctions judiciaires. Mais la neutralité incolore contraste avec l'impartialité judiciaire [. . .] L'impartialité est cette qualité du juge de faire preuve d'ouverture d'esprit et d'être prêt à se laisser convaincre sans avoir de parti pris pour l'une ou l'autre des parties, ou sans se laisser influencer par ses propres prédilections, idées préconçues et opinions personnelles — il s'agit là de la pierre angulaire d'un système décisionnel

contrast to neutrality, this is an absolute requirement in every judicial proceeding. [Citations omitted; para. 13.]

[36] Impartiality thus demands not that a judge discount or disregard his or her life experiences or identity, but that he or she approach each case with an open mind, free from inappropriate and undue assumptions. It requires judges "to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies": Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12. As Aharon Barak has observed:

> The judge must be capable of looking at himself from the outside and of analyzing, criticizing, and controlling himself. . . .
>
> The judge is a product of his times, living in and shaped by a given society in a given era. The purpose of objectivity is not to sever the judge from his environment [or] to rid a judge of his past, his education, his experience, his belief, or his values. Its purpose is to encourage the judge to make use of all of these personal characteristics to reflect the fundamental values of the society as faithfully as possible. A person who is appointed as a judge is neither required nor able to change his skin. The judge must develop sensitivity to the dignity of his office and to the restraints that it imposes. [Footnote omitted.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), at pp. 103-4)

[37] But whether dealing with judicial conduct in the course of a proceeding or with "extra-judicial" issues like a judge's identity, experiences or affiliations, the test remains

> whether a reasonable and informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, viewing the matter realistically and practically, would conclude that the judge's conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias . . . . [T]he assessment is difficult and requires a careful and thorough examination of the proceeding. The record must be considered in its entirety to determine the cumulative

civilisé. En bref, l'impartialité requiert que le juge soit « ouvert d'esprit et prêt à se laisser convaincre par la preuve et les observations des avocats »; et, contrairement à la neutralité, c'est une exigence absolue dans toute instance judiciaire. [Références omises; par. 13.]

[36] L'impartialité exige donc, non pas qu'un juge passe sous silence ou néglige son vécu ou son identité, mais qu'il aborde chaque affaire avec un esprit ouvert, sans supposition inopportune et injustifiée. Elle oblige les juges « [à] admettre, [à] permettre consciemment, et peut-être [à] remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies » : Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), p. 15. Comme l'a fait observer Aharon Barak :

> [TRADUCTION] Le juge doit être en mesure de se regarder de l'extérieur et de s'analyser, de se critiquer et de se maîtriser. . .
>
> Le juge est le produit de son époque, vivant dans une société donnée dans une ère donnée et conditionné par celles-ci. L'objectivité n'a pas pour but de couper le juge de son environnement [ou] de débarrasser un juge de son passé, son éducation, son expérience, ses croyances ou ses valeurs. Son objectif est d'encourager le juge à mettre à profit toutes ces caractéristiques personnelles de façon à refléter les valeurs fondamentales de la société le plus fidèlement possible. Une personne nommée juge n'est ni obligée ni en mesure de changer de peau. Le juge doit développer une sensibilité face à la dignité de ses fonctions et aux contraintes qu'elles imposent. [Note de bas de page omise.]

(*The Judge in a Democracy* (2006), p. 103-104)

[37] Mais peu importe si l'on a affaire à la conduite d'un juge au cours d'une instance ou à des questions « extrajudiciaires » comme l'identité, le vécu ou les affiliations du juge, le critère demeure le même :

> . . . il s'agit de savoir si une personne raisonnable et bien renseignée, qui serait au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes et qui étudierait la question de façon réaliste et pratique, conclurait que la conduite du juge fait naître une crainte raisonnable de partialité [. . .] [L]a question est difficile à évaluer et nécessite un examen méticuleux et complet de l'instance. Il faut considérer

effect of any transgressions or improprieties. [Citations omitted; *Miglin*, at para. 26.]

[38] Applying this test to the trial judge's conduct throughout the proceedings, I agree with the Court of Appeal that the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias has been met.

[39] As noted, the Court of Appeal identified several incidents which, when viewed in the circumstances of the entire trial, lead inexorably to this conclusion. The first was the trial judge's conduct during the incident relating to the confidentiality of student files. When a parent testified that two of his children had left the school as a result of the school's lack of resources for addressing special needs, counsel for the Yukon attempted to cross-examine the parent based on information in the children's school files. Counsel for the Board objected, primarily on the grounds that the files were confidential, leading the trial judge to express concern that the Yukon may have breached the students' confidentiality rights by sharing the information with its counsel:

[TRANSLATION]

THE COURT: My concern and my more direct point, I'll say it again, is the basic fact that you may have taken improper advantage of having obtained confidential documents without the witness's permission.

[40] Both parties had already made extensive use of information from student files. The trial judge, after hearing some argument after the confidentiality issue was raised, said that he would await further argument the following morning because he thought the issue was a very serious one:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . However, I believe you are -- I'll wait for the, for further argument tomorrow morning about the access your client gave to confidential documents. I think there's a much more fundamental issue involved here, namely whether you should have. And then, since you've

l'ensemble du dossier afin de déterminer l'effet cumulatif des transgressions ou irrégularités. [Références omises; *Miglin*, par. 26.]

[38] Si j'applique ce critère au comportement du juge du procès tout au long de l'instance, je conviens avec la Cour d'appel que le critère applicable pour conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité a été satisfait.

[39] Comme je l'ai indiqué, la Cour d'appel a relevé plusieurs incidents qui, lorsqu'examinés dans les circonstances du procès en entier, mènent inexorablement à cette conclusion. Tout d'abord, il y a le comportement du juge du procès au cours de l'incident lié à la confidentialité des dossiers d'élèves. Quand un parent a mentionné que deux de ses enfants avaient quitté l'école car elle n'avait pas assez de ressources pour répondre aux besoins spéciaux, l'avocat du Yukon a tenté de contre-interroger le parent sur la foi des renseignements contenus dans les dossiers scolaires des enfants. L'avocat de la Commission s'y est opposé, principalement en raison du caractère confidentiel des dossiers, ce qui a amené le juge du procès à exprimer sa crainte que le Yukon ait porté atteinte au droit des élèves à la confidentialité en communiquant les renseignements à son avocat :

LA COUR : Mon inquiétude et mon point plus direct, je vais le redire, c'est l'aspect fondamental que vous avez peut-être abusé de la position d'avoir obtenu des documents confidentiels sans le consentement du témoin.

[40] Les deux parties s'étaient déjà largement servies des renseignements contenus dans les dossiers d'élèves. Ayant entendu quelques arguments après que la question de la confidentialité eut été soulevée, le juge du procès a dit qu'il attendrait que d'autres arguments soient présentés le lendemain matin parce qu'il estimait que la question était très grave :

LA COUR : . . . Mais je crois que vous êtes -- je vais attendre les, d'autres arguments pour demain matin à savoir l'accès que votre client a fait à des documents confidentiels. Je crois qu'il y a une question beaucoup plus fondamentale ici à ce sujet puis à savoir si vous auriez dû?

done it, what are the consequences? If it's something your client did that it shouldn't have done. And so with that, we'll start again tomorrow morning.

[41] The next morning, and before any argument, the trial judge ruled that the Yukon appeared to have violated the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act*, characterizing its behaviour as [TRANSLATION] "objectionable and reprehensible". Immediately after the unexpected ruling, counsel for the Yukon asked to make further submissions:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: Before, before the witness is recalled, I'd like to make submissions, Your Honour, if I may.

THE COURT: About what?

MR. FAILLE: About what you just said, Your Honour.

THE COURT: No.

MR. FAILLE: I would've liked to be able to make submissions before you could make the decision you just made, because, with all due respect, we believe that, that there's no legal basis for it and, and I -- I had assumed that this morning we'd be able to make submissions about this. That was what I'd understood from what you said yesterday afternoon.

[42] When counsel for the Yukon tried to draw the trial judge's attention to certain provisions of the *Education Act* and the *Access to Information and Protection of Privacy Act* in support of his position, the trial judge asked counsel if he had obtained consent to use the files and refused to hear additional arguments:

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: . . . We've done legal research into this. We're perfectly familiar with the provisions of section 20 of the *Education Act*. We're also familiar with the provisions of the *Access to Information Act*, section 2 of which provides:

Puisque là vous l'avez fait, c'est quoi les conséquences? Si c'est quelque chose que votre client a fait, qu'il n'aurait dû pas faire. Et alors avec ça, on va se remettre à demain matin.

[41] Le lendemain matin, et avant même d'entendre quelque argument que ce soit, le juge du procès a décidé que le Yukon avait semble-t-il violé la *Loi sur l'éducation* et la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, qualifiant son comportement de « reprochable et répréhensible ». Immédiatement après le prononcé de la décision inattendue, l'avocat du Yukon a demandé l'autorisation de présenter d'autres observations :

MAÎTRE FAILLE : Avant que, qu'on rappelle le témoin j'aimerais faire des soumissions, M. le juge. Si vous permettez.

LA COUR : À quel sujet?

MAÎTRE FAILLE : Au sujet de ce que vous venez de dire, M. le juge.

LA COUR : Non.

MAÎTRE FAILLE : J'aurais souhaité pouvoir faire des soumissions avant que vous puissiez rendre la décision que vous venez de rendre parce que avec tout égard, nous estimons que, qu'elle est sans fondement en droit et, et je -- j'avais pris pour acquis que ce matin on serait en mesure de faire des représentations là-dessus. C'est ce que j'avais compris de ce que vous avez dit hier après-midi.

[42] Lorsque l'avocat du Yukon a tenté d'attirer l'attention du juge du procès sur certaines dispositions de la *Loi sur l'éducation* et de la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée* à l'appui de sa thèse, le juge du procès a demandé à l'avocat s'il avait obtenu le consentement d'utiliser les dossiers et a refusé d'entendre d'autres arguments :

MAÎTRE FAILLE : . . . Nous avons fait de la recherche juridique sur la question, nous sommes parfaitement familiers avec les dispositions de l'article 20 de la *Loi sur l'éducation*. Nous sommes également familiers avec les dispositions de la *Loi sur l'accès à l'information* qui prévoit à son article 2 :

This act does not limit the information available by law to a party to a proceeding in court or before an adjudicative body.

La présente loi ne limite pas les renseignements qui, sous le régime de la loi, sont accessibles aux parties à une instance devant un tribunal ou un organe juridictionnel.

THE COURT: I have a question.

LA COUR : J'ai une question.

MR. FAILLE: Yes.

MAÎTRE FAILLE : Oui.

THE COURT: Did you or your client, did you obtain the permission required by section 20, subsection 3, of the *Education Act*?

LA COUR : Est-ce que votre client ou vous, vous avez obtenu le consentement qui est prévu à l'article 20 paragraphe 3 de la *Loi sur l'éducation*?

MR. FAILLE: We're saying, Your Honour, that permission --

MAÎTRE FAILLE : Nous disons, M. le juge, que le consentement --

THE COURT: Yes or no.

LA COUR : C'est oui ou non.

MR. FAILLE: Your Honour, we believe --

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, nous estimons --

THE COURT: The answer is no?

LA COUR : La réponse est non?

MR. FAILLE: Your Honour, the answer is that permission is implied, that confidentiality is waived. We know very well that the information is confidential and, if I may, Your Honour, I'd like to make submissions on this point.

MAÎTRE FAILLE : M. le juge, la réponse c'est que le consentement est implicite. Qui a une renonciation à la confidentialité. Nous savons fort bien que l'information est confidentielle et si vous permettez, M. le juge, j'aimerais faire des soumissions à cet égard.

THE COURT: No. I've made my ruling, and if you don't want to give a direct answer about whether you obtained permission from the parents, from either of them, or from [the older child], as he seems to be 17 years old now, for the children's student records to be used in -- not for the purposes contemplated in the section but for the trial, I don't need to hear any other submissions.

LA COUR : Non. J'ai rendu mon jugement et puis si vous voulez pas donner une réponse directe à savoir si vous avez obtenu le consentement des parents, un ou de l'autre, ou bien de [l'enfant plus âgé] parce qu'il semble qu'il a 17 ans maintenant pour que les dossiers scolaires des enfants soient employés dans -- pas pour les fins qui est prévu [*sic*] à l'article mais pour le procès. J'ai pas besoin d'entendre d'autres soumissions.

[43] When counsel for the Yukon suggested that the Board may have breached its confidentiality obligations as well, the trial judge acknowledged this possibility and then accused counsel of playing games:

[43] Lorsque l'avocat du Yukon a suggéré que la Commission avait peut-être manqué à ses obligations de confidentialité elle aussi, le juge du procès a reconnu cette possibilité et a ensuite accusé l'avocat de jouer un petit jeu :

[TRANSLATION]

MR. FAILLE: In that case, Your Honour, if I may, Ms. Taillefer, in the context of this case, gave us 170 student registration forms, which are also -- part of the student record. With the name of the physician of each student registered at École Émilie-Tremblay, the health insurance number, medical information about each student. That is what was given to us by the plaintiff in the context of this

MAÎTRE FAILLE : Dans ce cas là, M. le juge, si vous permettez, M[me] Taillefer dans le contexte de ce litige nous a fourni 170 formulaires d'inscription d'élèves qui forment également -- partie du dossier de l'élève. Avec le nom du médecin de chacun des élèves qui sont inscrits à l'école Émilie-Tremblay, le numéro d'assurance santé, des informations médicales concernant chacun des élèves. C'est ce

case without the parents' written permission. Is the plaintiff also guilty under section 20?

THE COURT: Maybe. Maybe.

MR. FAILLE: I think maybe so, in fact, because there was no reason to do so. We did so because we didn't raise the question of confidentiality. The first person to raise questions of confidentiality about medical information, dealing with [the two children], was the witness. It wasn't us, and we believe we're entitled to defend ourselves against the allegations that have been made against us, and the law on this is clear. That when the question of medical questions is raised, that the opposing party is entitled to, that the, the right to confidentiality is implicitly waived as a result. I would've made submissions on this point, but you say, Your Honour, that you are -- that you don't want to allow it, but before you find the defendant's conduct improper, I would like to file in evidence the 170 student registration forms sent to the defendant by Ms. Taillefer, clearly in violation of section 20 of the Act. Unless it's decided instead that, in the context of this case, there's information that's going, that'll be shared.

THE COURT: It seems to me that a little game is being played here.

MR. FAILLE: It's not a game, Your Honour. It's not a game.

[44] The Court of Appeal criticized the trial judge for telling counsel he would entertain additional arguments on the matter the next day, yet starting the proceedings with his ruling without giving the parties any opportunity to present further argument. While this by itself is unwise, his refusal to hear the Yukon's arguments *after* his ruling, and his reaction to counsel, were more disturbing. Viewed in the context of the entire record, the Court of Appeal properly concluded that the trial judge's conduct was troubling and problematic.

[45] The Court of Appeal also held that the trial judge's conduct was improper in connection with the

qui nous a été fourni dans le contexte de ce litige sans le consentement écrit des parents par la demanderesse. Est-ce que la demanderesse est également coupable en vertu de l'article 20?

LA COUR : Peut-être. Peut-être.

MAÎTRE FAILLE : Moi j'estime que peut-être que oui, effectivement, parce qu'il y avait aucune raison de le faire. Nous l'avons fait parce que nous n'avons pas soulevé la question confidentielle. La première personne à soulever les questions confidentielles sur des renseignements médicaux, sur [les deux enfants], c'était le témoin. C'était pas nous et nous estions (phonétique) être en droit de nous défendre par rapport aux allégations qui sont faites contre nous et le droit est clair là-dessus. Que lorsqu'on soulève la question des questions médicales, que la partie adverse est en droit de, que le, le droit de confidentialité est de ce fait renoncé de façon implicite. J'aurais fait des représentations à cet égard mais vous dites, M. le juge, que vous êtes -- que vous ne voulez pas le permettre mais avant de juger la conduite de la défenderesse répréhensible, j'aimerais déposer en preuve les 170 formulaires d'inscription d'élèves qui ont été envoyés par M^me^ Taillefer à la défenderesse clairement en violation de l'article 20 de la loi. À moins qu'on décide plutôt que dans le contexte en litige, il y a des informations qui vont, qui seront échangées.

LA COUR : Il me semble avoir un petit jeu qui se joue ici.

MAÎTRE FAILLE : C'est pas un jeu, M. le juge. C'est pas un jeu.

[44] La Cour d'appel a reproché au juge du procès d'avoir dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur la question le lendemain, mais en ouvrant l'audience avec sa décision sans donner aux parties l'occasion de présenter d'autres arguments. Ce comportement est peu judicieux en soi, mais son refus d'entendre les arguments du Yukon *après* le prononcé de sa décision et sa réaction envers l'avocat sont plus troublants. Au vu de l'ensemble du dossier, la Cour d'appel a conclu à juste titre que le comportement du juge du procès était troublant et posait problème.

[45] La Cour d'appel a également décidé que le juge du procès avait réagi de manière inconvenante

Yukon's request to submit affidavit evidence from Mr. DeBruyn, the witness who had suffered a stroke. When counsel for the Yukon advised the trial judge early in the second phase of the trial that he intended to bring an application to have the evidence admitted by affidavit but had not yet completed the supporting documentation, the trial judge asked to see the letter circulating among the lawyers from a speech pathologist explaining Mr. DeBruyn's condition. The letter stated in part:

> Although Mr. DeBruyn has recovered extremely well, he continues to experience mild residual aphasia. Aphasia is a language difficulty that can affect a person's understanding of spoken and/or written language as well as verbal and/or written expression. Mr. DeBruyn continues to make paraphasic speech errors occasionally; that is, he sometimes uses an unintended word related in meaning or form to the intended word.
>
> Feeling stressed or nervous and being presented with questions verbally in a courtroom situation may exacerbate Mr. DeBruyn's communication difficulties during his cross examination. He may hence make aphasic speaking errors. Therefore, it is recommended that Mr. DeBruyn be given questions in writing instead of being questioned in a courtroom. It would also be helpful, if Mr. DeBruyn could write down his responses and review them several times before being asked to submit his answers. This will allow him to confirm their accuracy and correct any potential language errors.

[46] After reviewing the letter and asking counsel about the process for communicating information to include in the affidavit, the trial judge questioned whether Mr. DeBruyn was even a necessary witness. When counsel for the Yukon explained that Mr. DeBruyn was in charge of education facilities and could testify about how decisions concerning the school's facilities were made, including the Board's role in such decisions, the trial judge continued to express skepticism about the necessity of having Mr. DeBruyn testify:

à la demande du Yukon visant à présenter par voie d'affidavit la déposition de M. DeBruyn, le témoin qui avait été victime d'un AVC. Lorsque l'avocat du Yukon a informé le juge du procès au début du deuxième volet du procès qu'il entendait présenter une demande pour faire admettre le témoignage par affidavit, mais qu'il n'avait pas encore terminé la documentation à l'appui, le juge du procès a demandé à voir la lettre qui circulait parmi les avocats dans laquelle une orthophoniste décrivait l'état de M. DeBruyn. On y lisait notamment ce qui suit :

> [TRADUCTION] Malgré son rétablissement remarquable, M. DeBruyn éprouve toujours une aphasie résiduelle légère. L'aphasie est un trouble du langage qui peut entraîner chez une personne des difficultés de compréhension, de lecture ou d'écriture; la personne peut aussi avoir des difficultés à s'exprimer par la parole. M. DeBruyn fait encore des erreurs paraphasiques à l'occasion; c'est-à-dire qu'il lui arrive de substituer à un mot un autre mot de sens ou de forme semblable.
>
> Le fait d'être placé en situation de stress, de nervosité, ou d'être interrogé oralement dans une salle d'audience peut exacerber les difficultés de communication de M. DeBruyn pendant son contre-interrogatoire. Il est ainsi susceptible de commettre des erreurs aphasiques. Par conséquent, il est recommandé que M. DeBruyn reçoive les questions par écrit plutôt que de se faire interroger oralement dans une salle d'audience. Il serait aussi utile que M. DeBruyn puisse répondre par écrit et qu'il revoie ses réponses plusieurs fois avant de les remettre. Il pourrait ainsi s'assurer qu'elles sont exactes et corriger toute erreur éventuelle de langage.

[46] Après avoir examiné la lettre et demandé à l'avocat comment il entendait procéder pour communiquer les renseignements à insérer dans l'affidavit, le juge du procès a mis en doute le fait même que M. DeBruyn soit un témoin essentiel. Lorsque l'avocat du Yukon a expliqué que M. DeBruyn était responsable des établissements d'enseignement et pourrait témoigner sur la façon dont les décisions concernant les installations de l'école étaient prises, y compris le rôle de la Commission dans ces décisions, le juge du procès a continué de se montrer sceptique quant à la nécessité d'appeler M. DeBruyn à témoigner :

[TRANSLATION]

THE COURT: So you're telling me, as an officer of the court, that Mr. DeBruyn is the only person at the Department of Education who has knowledge of this information?

MR. FAILLE: I think I've told you, Your Honour, to the best of my knowledge and as an officer of the court, what the information is, what sharing there is, what the responsibility is for the information. I did say that Mr. DeBruyn was, as far as I know, the primary person involved, that he wasn't the only person involved. So it's a matter of knowing what -- will it be helpful for the Court to receive that information without it being the only information? We also intended to call Mr. Callas anyway to add to Mr. DeBruyn's evidence and also so Mr. Lepage could cross-examine a witness on that question.

[47] The trial judge then noted that in seeking an adjournment at the beginning of the trial, counsel had stated that Mr. DeBruyn was not only an essential witness in the trial itself, he was a necessary advisor to the government during the proceedings. When counsel told the trial judge that Mr. DeBruyn was in the courtroom and advising him, the trial judge expressed surprise that counsel had not informed him of Mr. DeBruyn's presence.

[48] The trial judge then returned to the letter and asked counsel about the other steps he had taken earlier to ascertain Mr. DeBruyn's medical condition and ability to testify:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So this letter is dated January 17, 2011. It had been known since May, or at least the end of June, that we were coming back here on January 17. What other steps were taken before that date, the first day of the trial, to obtain reports concerning Mr. DeBruyn's ability or inability to testify?

MR. FAILLE: No other steps were taken, Your Honour. We wanted to wait and see what his state of health was. And at that time, if it turned out that he wasn't able to testify, to bring the motion that -- that we've said we might bring.

LA COUR : Alors, vous êtes en train de me dire, comme officier de la cour, qu'il y a seulement M. DeBruyn au ministère de l'Éducation qui a cette information dans leur connaissance?

MAÎTRE FAILLE : Je pense que je vous ai relaté, M. le juge, au meilleur de mes connaissances et en tant qu'officier de la cour quelle est l'information, quel est le partage, la responsabilité de l'information. J'ai bien dit que M. DeBruyn était, à ma connaissance, la personne principalement impliquée qui n'était pas la seule personne impliquée. Donc c'est question de savoir quel -- est-ce qu'il y a utilité que la cour reçoive cette information-là sans que ce soit la seule information? Nous aurions l'intention d'également faire témoigner M. Callas de toute façon pour ajouter à la preuve de M. DeBruyn, et aussi pour permettre à maître Lepage de contre-interroger un témoin sur cette question-là.

[47] Le juge du procès a ensuite fait remarquer qu'au moment de demander un ajournement au début du procès, l'avocat avait mentionné que M. DeBruyn n'était pas seulement un témoin essentiel dans le procès lui-même, il était un conseiller indispensable au gouvernement pendant l'instance. Lorsque l'avocat a informé le juge du procès que M. DeBruyn se trouvait dans la salle d'audience et le conseillait, le juge du procès s'est dit surpris qu'il ne l'ait pas informé de la présence de M. DeBruyn.

[48] Le juge du procès est ensuite revenu à la lettre et a demandé à l'avocat quelles autres mesures il avait prises plus tôt pour établir l'état de santé de M. DeBruyn et sa capacité à témoigner :

LA COUR : . . . Alors, cette lettre ici est datée du 17 janvier 2011. On le savait depuis le mois de mai, ou au moins la fin juin qu'on revenait ici le 17 janvier. Quelles autres étapes ont été faites avant cette date de la première journée du procès pour obtenir des rapports en ce qui concernait le témoignage possible ou non possible de M. DeBruyn?

MAÎTRE FAILLE : Il n'y a pas eu d'autres étapes, M. le juge. On voulait attendre et voir quel était son état de santé. Et à ce moment là, s'il s'avérait qu'il n'était pas en mesure de témoigner, d'apporter la motion que -- que nous avons identifié que nous apporterions peut-être.

THE COURT: You didn't make any preparations to find out which witnesses you'd have to call, knowing that he was the main witness, before January 17, the first day of this trial? To find out whether he could testify?

MR. FAILLE: Well, it's that we were expecting it to be, to be Mr. DeBruyn, if he was able to testify. Or, of course, if he couldn't, that we'd sort it out and that it would be Mr. Chic Callas or a combination of the two.

THE COURT: Knowing that this witness is an essential witness, you didn't even take steps to find out whether he could testify to avoid the problem we have now, and the waste of time we have now, before January 17, the first day of the trial? That's what you're telling me?

MR. FAILLE: No. I took -- we took steps before the trial, but it wasn't until after getting the information we got about his state of health that we then asked, that we said, well, we'll have to get the medical report. If we want Mr. DeBruyn to testify by affidavit, then obviously we need supporting evidence, so we requested it and we took the steps. So during the two weeks before the trial, I'd say.

THE COURT: If you wanted to make a motion to have him testify by affidavit, don't you think it would've been more appropriate to make that application before the trial started?

MR. FAILLE: No, Your Honour, it didn't occur to me. And as you may know, Mr. Lepage and I were very involved in another case until mid-December, and we then returned to Yellowknife and came directly from Yellowknife to Whitehorse. But I --

THE COURT: Are there three of you I see at the table as counsel for the government? I wonder whether Mr. DeBruyn's condition was better in October or September, when it was known that there was a trial date in January, that is, whether he was going to testify?

MR. FAILLE: I don't know, Your Honour, but I would have -- in my mind, it was necessary to wait, in fact, to find out what his state of health was at the time of the trial, not a few months before, since his health -- obviously, his state of health has changed a lot in the past few months.

LA COUR : Vous n'avez pas fait de préparation à savoir quels témoins vous auriez à présenter sachant que c'était le témoin principal avant le 17 janvier, la première journée de ce procès ici? À savoir s'il pourrait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Bien, c'est qu'on anticipait que ça soit, soit M. DeBruyn, s'il était en mesure de témoigner. Ou bien, évidemment, s'il y avait impossibilité, qu'on s'arrangerait et que ça serait M. Chic Callas ou une combinaison des deux.

LA COUR : Sachant que ce témoin est un témoin essentiel, vous avez pas même fait des démarches pour savoir s'il pourrait témoigner pour éviter ce problème qu'on a maintenant, puis le gaspillage de temps qu'on a maintenant, avant le 17 janvier, la première journée du procès? C'est ça que vous me dites?

MAÎTRE FAILLE : Non. J'ai pris des -- on a pris des démarches avant le procès, mais ce n'est qu'après avoir obtenu les informations qu'on a eues sur son état de santé qu'on a ensuite demandé. Qu'on s'est dit, bien il va falloir qu'on obtienne le rapport médical. Si on veut faire témoigner M. DeBruyn par voie d'affidavit, évidemment, ça va prendre une preuve à l'appui, donc on a demandé qu'on obtienne et on a pris les démarches. Donc dans les deux semaines, je dirais, avant le procès.

LA COUR : Si vous vouliez faire une requête qu'il témoigne par affidavit, vous ne jugez pas que ça aurait été plus approprié de faire cette demande-là avant le début du procès?

MAÎTRE FAILLE : Non, M. le juge, ça m'est pas passé à l'esprit. Et comme vous le savez peut-être, moi et maître Lepage étions très impliqués dans un autre dossier jusqu'à la mi-décembre pour ensuite retourner à Yellowknife, et pour venir directement de Yellowknife à Whitehorse. Mais j'ai --

LA COUR : Est-ce que vous êtes trois avocats que je vois à la table pour le gouvernement? Je me demande si la condition de M. DeBruyn était meilleure au mois d'octobre ou au mois de septembre lorsqu'on savait qu'il y avait une date de procès pour le mois de janvier, à savoir s'il allait témoigner?

MAÎTRE FAILLE : Je ne sais pas, M. le juge, mais j'aurais -- dans mon esprit, c'était nécessaire d'attendre, justement, pour savoir quel était son état de santé au moment du procès, et non pas quelques mois auparavant puisque son état -- évidemment, son état de santé a beaucoup changé au cours des derniers mois.

[49] The trial judge asked about Mr. DeBruyn's return to work and then heard submissions from the Board's counsel. He concluded the discussion by noting that the speech pathologist's letter did not suggest that Mr. DeBruyn was incapable of testifying, only that he could experience difficulties in expressing himself on cross-examination. He proceeded to tell counsel for the Yukon that he could still make the application, but warned him that he could be ordered to pay costs personally:

[TRANSLATION]

THE COURT: . . . So I -- if you still want to make your motion, you can. But at some point, my dear colleague, you're going to realize that, if someone tries to delay proceedings with letters saying that a person can testify, then that maybe they'll have problems on cross-examination, that that kind of motion could be seen as obstruction and quite simply to cause delays. And maybe it won't even be -- and sometimes this is dealt with through costs. And sometimes, if it's obviously an act, not necessarily of the client, but of counsel, costs might awarded be against counsel.

[50] Counsel decided not to submit the evidence by affidavit and Mr. DeBruyn did not testify. In his costs ruling, the trial judge, in a part of the judgment entitled "Bad faith — at trial", suggested that the incident amounted to bad faith on the part of the government, stating:

It seemed that Mr. DeBruyn was able to testify. He had been back at work since the fall of 2010 and the Speech-Language Pathologist's letter simply indicated that he "may" have difficulty expressing himself in "cross-examination". However, the Court gave counsel for the [Yukon] the opportunity to bring his application . . . . It is interesting to note that the [Yukon] presented Mr. Charles George Callas as a witness in place of Mr. DeBruyn, as suggested by the [Board] in May 2010. Indeed, Mr. Callas and Mr. DeBruyn shared the responsibility for 29 school buildings. The Court finds that Mr. DeBruyn's testimony was neither essential nor unique. In fact, the [Yukon] relied on Mr. Callas' evidence. Putting over part of the trial resulted in a much longer trial and the Court was required

[49] Le juge du procès a posé des questions sur le retour au travail de M. DeBruyn et a ensuite entendu les observations de l'avocat de la Commission. Il a clos la discussion en faisant remarquer que la lettre de l'orthophoniste ne laissait pas entendre que M. DeBruyn était incapable de témoigner; elle tendait seulement à indiquer qu'il risquait d'avoir de la difficulté à s'exprimer en contre-interrogatoire. Il a informé l'avocat du Yukon qu'il pouvait tout de même présenter la demande, mais l'a averti qu'il pourrait être condamné personnellement aux dépens :

LA COUR : . . . Alors je -- si vous voulez toujours faire votre requête, vous pouvez. Mais à un moment donné, cher collègue, vous allez vous rendre compte que si on tente des tentatives de délais avec des lettres qui disent que la personne peut témoigner, puis peut-être qu'ils auront des problèmes en contre-interrogatoire, que ce genre de requête pourrait être perçue comme une obstruction et tout simplement pour causer des délais. Et peut-être que ça sera pas même -- puis ça, des fois, on règle ça avec des questions de dépens. Et des fois, si on voit que c'est l'action, pas nécessairement du client, de l'avocat, ça pourrait être des dépens contre l'avocat.

[50] L'avocat a décidé de ne pas présenter le témoignage par affidavit et M. DeBruyn n'a pas témoigné. Dans la section du jugement sur les dépens intitulée « Mauvaise foi — pendant le procès », le juge du procès a laissé entendre que l'incident équivalait à de la mauvaise foi de la part du gouvernement et a affirmé ce qui suit :

Il semblait que M. DeBruyn avait la capacité de témoigner. Il était de retour au travail depuis l'automne 2010 et la lettre [de l'orthophoniste] indiquait simplement qu'il pourrait (« *may* ») avoir des difficultés à s'exprimer en contre-interrogatoire (« *cross-examination* »). La Cour a cependant donné l'occasion à l'avocat du [Yukon] de présenter sa requête [. . .] Il est à noter que le [Yukon] a présenté M. Charles George Callas comme témoin à la place de M. DeBruyn, tel que suggéré par la [Commission] au mois de mai 2010. Effectivement, M. Callas et M. DeBruyn partageaient les mêmes responsabilités pour 29 bâtiments scolaires. La Cour juge que le témoignage de M. DeBruyn n'était ni essentiel ni unique. De fait, le [Yukon] s'est fié sur le témoignage de M. Callas. La

to render a decision on an interim injunction application presented at the end of the first part of the trial.

[51] In analyzing this incident, the Court of Appeal, reasonably in my view, concluded that the trial judge's treatment of the matter was inappropriate. There was no basis for accusing counsel of trying to delay the trial, criticizing him for waiting to make the application, or threatening him with an order for costs. When viewed in the context of the rest of the trial, this incident provides further support for a finding of a reasonable apprehension of bias.

[52] Moreover, the Court of Appeal was rightly troubled by the trial judge's disparaging remarks directed at counsel for the Yukon on several other occasions, which it found to be disrespectful. On one occasion, for example, the trial judge, in chastising counsel, accused him of making submissions that [TRANSLATION] "lack[ed] conviction and/or sincerity". The Court of Appeal noted that there were several other occasions during the trial where the trial judge was discourteous towards counsel without apparent reason.

[53] In addition, the trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply on costs is highly problematic in the overall context of the trial. The Court of Appeal concluded that there were sufficient other indicia of a reasonable apprehension of bias in respect of the trial, so it was unnecessary to determine whether the trial judge's conduct with regard to the costs proceedings could also support the finding of bias at trial. But in my view some comment on the costs proceedings in this case is warranted. The trial judge's refusal to allow the Yukon to file a reply factum, particularly in light of the fact that it could not have known the quantum of costs sought by the Board at the time it filed its factum, is questionable, made more so by his decision to award a [TRANSLATION] "lump sum" payment to the Board, in addition to solicitor-client costs going back to 2002.

remise d'une partie du procès a eu comme résultat un procès beaucoup plus long, et la Cour a dû rendre jugement sur la demande d'injonction intérimaire présentée à la fin de la première partie du procès.

[51] En analysant cet incident, la Cour d'appel a conclu, à bon droit selon moi, que le juge du procès avait mal traité la question. Il n'avait aucune raison d'accuser l'avocat de tenter de retarder le procès, de le réprimander pour avoir attendu avant de présenter la demande ou de le menacer d'une condamnation aux dépens. Lorsqu'on l'examine dans le contexte de la suite du procès, cet incident étaye davantage la conclusion qu'il existe une crainte raisonnable de partialité.

[52] En outre, la Cour d'appel s'est dite à juste titre troublée par les commentaires désobligeants que le juge du procès avait faits à plusieurs autres reprises envers l'avocat du Yukon, commentaires qu'elle a qualifiés d'irrespectueux. À une occasion, par exemple, le juge du procès, réprimandant l'avocat, l'a accusé de présenter des observations qui « manqu[aient] de conviction et/ou de sincérité ». La Cour d'appel a signalé qu'il y avait eu plusieurs autres occasions durant le procès où le juge s'était montré peu courtois envers l'avocat sans raison apparente.

[53] De plus, le refus du juge du procès de permettre au Yukon de déposer une réponse concernant les dépens est très problématique dans le contexte global du procès. La Cour d'appel a conclu que, comme il y avait suffisamment d'autres indices d'une crainte raisonnable de partialité relativement au procès, il était inutile de déterminer si le comportement du juge du procès à l'égard des dépens permettait également de conclure à la partialité durant le procès. Mais à mon sens, certains commentaires sur l'octroi des dépens en l'espèce sont de mise. Le refus du juge du procès de permettre au Yukon de présenter un mémoire en réplique est contestable, surtout compte tenu du fait que ce dernier ne pouvait connaître le montant des dépens sollicités par la Commission au moment où il a déposé son mémoire, d'autant plus que le juge a accordé un « montant forfaitaire » à la Commission, en plus de dépens avocat-client remontant à 2002.

[54] Appellate courts are rightfully reluctant to intervene on the grounds that a trial judge's conduct crossed the line from permissibly managing the trial to improperly interfering with the case. Reprimands of counsel, for example, may well be appropriate to ensure that proceedings occur in an orderly and efficient manner and that the court's process is not abused. But as the Canadian Judicial Council's *Ethical Principles for Judges* (1998) suggests:

> Unjustified reprimands of counsel, insulting and improper remarks about litigants and witnesses, statements evidencing prejudgment and intemperate and impatient behaviour may destroy the appearance of impartiality. . . . A fine balance is to be drawn by judges who are expected both to conduct the process effectively and avoid creating in the mind of a reasonable, fair minded and informed person any impression of a lack of impartiality. [Emphasis added; p. 32.]

[55] While the threshold for a reasonable apprehension of bias is high, in my respectful view, the "fine balance" was inappropriately tipped in this case. The trial judge's actions in relation to the confidentiality of student files, the request to have Mr. DeBruyn testify by affidavit, the disparaging remarks, and the unusual costs award and procedure, taken together and viewed in their context, would lead a reasonable and informed person to see the trial judge's conduct as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

[56] That said, I respectfully part company with the Court of Appeal when it concluded that the trial judge's current service as a governor of the Fondation franco-albertaine substantially contributed to a reasonable apprehension of bias. The trial judge had been appointed to the Alberta Court of Queen's Bench in 2002 and the Supreme Court of Yukon in 2005. Before being appointed to the bench, the trial judge played a key role in the creation of École du Sommet in St. Paul, Alberta and served as a school trustee on the Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta from 1994 until 1998. From 1999 to 2001,

[54] Les tribunaux d'appel hésitent, à bon droit, à intervenir au motif que le juge du procès, par sa conduite, a franchi la ligne qui sépare le fait de gérer acceptablement le procès et le fait d'intervenir irrégulièrement dans l'affaire. Par exemple, les réprimandes envers les avocats peuvent fort bien être indiquées pour veiller à ce que l'instance se déroule de manière ordonnée et efficace et à ce qu'il n'y ait pas abus de procédure. Mais comme l'affirme le Conseil canadien de la magistrature dans ses *Principes de déontologie judiciaire* (1998) :

> Les remontrances injustifiées faites aux avocats, les remarques vexantes et déplacées au sujet des parties et des témoins, les déclarations manifestant un parti pris et un comportement immodéré et impatient peuvent saper l'apparence d'impartialité. [. . .] Les juges doivent maintenir un équilibre délicat : ils doivent diriger la procédure avec efficacité, sans donner l'impression de manquer de partialité à une personne raisonnable, impartiale et bien informée. [Je souligne; p. 32-33.]

[55] Bien que le seuil à franchir pour conclure à une crainte raisonnable de partialité soit élevé, j'estime que l'« équilibre délicat » a été rompu de façon inappropriée en l'espèce. Les actes du juge du procès en lien avec la confidentialité des dossiers d'élèves, la demande pour faire témoigner M. DeBruyn par affidavit, les commentaires désobligeants ainsi que le caractère inusité des dépens adjugés et de la procédure suivie pour les accorder, pris ensemble et situés dans leur contexte, amèneraient une personne raisonnable et bien renseignée à estimer que le comportement du juge du procès fait naître une crainte raisonnable de partialité.

[56] Cela dit, avec égards, je ne suis pas d'accord avec la Cour d'appel lorsqu'elle conclut que l'exercice actuel, par le juge du procès, de la fonction de gouverneur de la Fondation franco-albertaine a largement contribué à une crainte raisonnable de partialité. Le juge du procès a été nommé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en 2002 et à la Cour suprême du Yukon en 2005. Avant d'être nommé juge, le juge du procès a joué un rôle important dans la création de l'école du Sommet à Saint-Paul, en Alberta, et a siégé à titre de conseiller scolaire au Conseil scolaire Centre-Est de l'Alberta de 1994 à 1998.

he served as a member of the executive of the Association canadienne-française de l'Alberta, an organization that lobbies on behalf of and promotes the francophone community in Alberta. He was a governor of the Fondation franco-albertaine while he was a judge. Its "mission" is to [TRANSLATION] "[e]stablish charitable activities to enhance the vitality of Alberta's francophone community", and its "vision" is for "[a] francophone community in Alberta that is autonomous, dynamic and valued". It is this latter affiliation that triggered the Court of Appeal's admonition.

[57] While the Court of Appeal acknowledged that the Fondation franco-albertaine was not directly involved with the community whose rights were being determined in the litigation and had no affiliation with any organization implicated in the trial, it concluded that

> [t]he parallels between the situations of s. 23 rights-holders in Alberta and those in Yukon are direct and obvious. Further, the expressed visions of the [Fondation franco-albertaine] would clearly align it with some of the positions taken by the [Board] in this case. We are unable, therefore, to accept that the judge's position as governor of the [Fondation franco-albertaine] was innocuous. [para. 199]

[58] It also acknowledged, however, that the Fondation franco-albertaine "appears to be largely a philanthropic organization rather than a political group", and that its goals are primarily charitable, not partisan. Nevertheless, it was of the view that

> the organization's mission statement and philosophy shows that it has a particular vision of the francophone community. In continuing to be a governor of the organization, the judge was, in effect, publicly declaring his support for that vision. [para. 193]

[59] While I fully acknowledge the importance of judges avoiding affiliations with certain organizations, such as advocacy or political groups, judges should not be required to immunize themselves from participation in community service where there is little likelihood of potential conflicts of interest.

De 1999 à 2001, il a siégé au Comité exécutif de l'Association canadienne-française de l'Alberta, un organisme qui fait du lobbyisme au nom de la communauté franco-albertaine et fait la promotion de celle-ci. Il était gouverneur de la Fondation franco-albertaine alors qu'il était juge. La « mission » de la Fondation consiste à « [é]tablir la philanthropie pour l'épanouissement de la francophonie albertaine » et sa « vision » repose sur « [u]ne francophonie albertaine autonome, dynamique et valorisée ». C'est cette dernière affiliation qui est à l'origine de la réprimande de la Cour d'appel.

[57] La Cour d'appel a reconnu que la Fondation franco-albertaine n'entretenait pas de rapports directs avec la communauté dont les droits étaient en cause dans le litige et n'avait aucune affiliation avec l'un ou l'autre des organismes parties au procès, mais elle a conclu ce qui suit :

> Il existe des parallèles directs et évidents entre la situation des ayants droit selon l'art. 23 en Alberta et celle des ayants droit au Yukon. De plus, la vision exprimée de la [Fondation franco-albertaine] pourrait très bien s'harmoniser avec certaines positions mises de l'avant par la [Commission] en l'espèce. Il nous est donc impossible d'accepter l'argument que, à l'égard du juge, sa qualité de gouverneur de la [Fondation franco-albertaine] était anodine. [par. 199]

[58] Toutefois, la Cour d'appel a également reconnu que la Fondation franco-albertaine « semble être en grande partie un organisme philanthropique plutôt qu'un groupe politique » et que ses objectifs sont principalement caritatifs, et non partisans. Elle était néanmoins d'avis que

> l'énoncé de la mission et la philosophie de l'organisme révèlent une vision particulière de la communauté francophone. En continuant d'en être un gouverneur, le juge, à vrai dire, déclare publiquement son soutien à cette vision. [par. 193]

[59] Bien que je reconnaisse sans réserve l'importance que les juges évitent d'adhérer à certains organismes, comme des groupes de revendication ou des groupes politiques, ils ne devraient pas avoir à s'abstenir de participer au service de la communauté lorsqu'il y a peu de risque de conflit d'intérêts.

Judges, as Benjamin Cardozo said, do not stand on "chill and distant heights": *The Nature of the Judicial Process* (1921), at p. 168. They should not and *cannot* be expected to leave their identities at the courtroom door. What they *can* be expected to do, however, is remain, in fact and in appearance, open in spite of them. I find the following observations by Lord Bingham of Cornhill C.J., Lord Woolf M.R. and Sir Richard Scott V.-C. in *Locabail (U.K.) Ltd. v. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), to provide a persuasive instructional template on how to view the relationship between a judge's identity, organizational affiliation, and impartiality:

> We cannot . . . conceive of circumstances in which an objection could be soundly based on the religion, ethnic or national origin, gender, age, class, means or sexual orientation of the judge. Nor, at any rate ordinarily, could an objection be soundly based on the judge's social or educational or service or employment background or history, nor that of any member of the judge's family; or previous political associations; or membership of social or sporting or charitable bodies; or Masonic associations; or previous judicial decisions; or extra-curricular utterances (whether in textbooks, lectures, speeches, articles, interviews, reports or responses to consultation papers); or previous receipt of instructions to act for or against any party, solicitor or advocate engaged in a case before him; or membership of the same Inn, circuit, local Law Society or chambers . . . . By contrast, a real danger of bias might well be thought to arise if there were personal friendship or animosity between the judge and any member of the public involved in the case; or if the judge were closely acquainted with any member of the public involved in the case, particularly if the credibility of that individual could be significant in the decision of the case; or if, in a case where the credibility of any individual were an issue to be decided by the judge, he had in a previous case rejected the evidence of that person in such outspoken terms as to throw doubt on his ability to approach such person's evidence with an open mind on any later occasion; or if on any question at issue in the proceedings before him the judge had expressed views, particularly in the course of the hearing, in such extreme and unbalanced terms as to throw doubt on his ability to try the issue with an objective judicial mind . . . ; or if, for any other reason, there were real ground for doubting the ability of the

Comme l'a affirmé Benjamin Cardozo, les juges n'occupent pas des [TRADUCTION] « sommets glacials et lointains » : *The Nature of the Judicial Process* (1921), p. 168. On ne doit ni *ne peut* s'attendre à ce qu'ils laissent leur identité à la porte de la salle d'audience. On *peut* toutefois s'attendre à ce qu'ils demeurent, en fait et en apparence, ouverts d'esprit malgré leur identité. J'estime que les observations suivantes du juge en chef lord Bingham of Cornhill, du maître des rôles lord Woolf et du vicomte Sir Richard Scott dans l'arrêt *Locabail (U.K.) Ltd. c. Bayfield Properties Ltd.*, [2000] Q.B. 451 (C.A.), constituent un modèle d'instruction persuasif sur la façon de voir la relation entre l'identité du juge, son adhésion à un organisme et l'impartialité :

> [TRADUCTION] Nous ne pouvons [. . .] concevoir de situation dans laquelle une objection pourrait être valablement fondée sur la religion, l'origine ethnique ou nationale, le sexe, l'âge, la classe sociale, les moyens ou l'orientation sexuelle du juge. De toute façon, une objection ne pourrait pas non plus, en temps normal, être valablement fondée sur les antécédents sociaux ou antécédents en matière d'instruction ou de service ou l'expérience professionnelle du juge, ni sur ceux de tout membre de la famille du juge; ni sur d'anciennes allégeances politiques; ni sur l'appartenance à un organisme social, de sport ou de bienfaisance; ni sur l'adhésion à des associations maçonniques; ni sur des décisions judiciaires antérieures; ni sur des déclarations paraprofessionnelles (dans des ouvrages de doctrine, des cours, des discours, des articles, des entrevues, des rapports ou des réponses à des documents de consultation); ni sur des instructions reçues précédemment pour agir en faveur d'une partie ou d'un avocat engagé dans une affaire dont il est saisi, ou contre ceux-ci; ni sur l'appartenance au même *Inn*, à une même cour itinérante, au même barreau de la région ou au même cabinet [. . .] En revanche, on pourrait sans doute penser qu'un réel danger de partialité survienne s'il y avait une amitié ou une animosité entre le juge et tout membre du public partie à l'affaire; ou si le juge connaissait bien un membre du public partie à l'affaire, surtout si la crédibilité de cette personne pourrait être importante pour l'issue de l'affaire; ou si, dans toute affaire où la crédibilité d'une personne était une question que le juge devait trancher, ce dernier, dans une autre affaire, avait rejeté le témoignage de cette personne d'une façon si véhémente que l'on doute de sa capacité à examiner le témoignage de cette personne avec un esprit ouvert dans le cadre de tout autre litige; ou si, sur toute question en litige dans l'instance

judge to ignore extraneous considerations, prejudices and predilections and bring an objective judgment to bear on the issues before him. [Citations omitted; para. 25.]

(See also *S. (R.D.)*, at paras. 38-39, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.)

[60] The *Ethical Principles for Judges* provide guidance to federally appointed judges. They advise that while judges should clearly exercise common sense about joining organizations, they are not prohibited from continuing to serve their communities outside their judicial role:

> A judge is appointed to serve the public. Many persons appointed to the bench have been and wish to continue to be active in other forms of public service. This is good for the community and for the judge, but carries certain risks. For that reason, it is important to address the question of the limits that judicial appointment places upon the judge's community activities.
>
> The judge administers the law on behalf of the community and therefore unnecessary isolation from the community does not promote wise or just judgments. The Right Honourable Gerald Fauteux put the matter succinctly and eloquently in *Le livre du magistrat* (TRANSLATION):
>
> > [there is no intention] to place the judiciary in an ivory tower and to require it to cut off all relationship with organizations which serve society. Judges are not expected to live on the fringe of society of which they are an important part. To do so would be contrary to the effective exercise of judicial power which requires exactly the opposite approach.
>
> The precise constraints under which judges should conduct themselves as regards civic and charitable activity are controversial inside and outside the judiciary. This is not surprising given that the question involves

dont il était saisi, le juge avait exprimé des opinions, en particulier durant l'audience, si extrêmes et polarisées que l'on doute de sa capacité à trancher la question avec un esprit judiciaire objectif [. . .]; ou si, pour toute autre raison, il y avait des motifs réels de douter de la capacité du juge à faire abstraction de facteurs, de préjudices et de prédilections extérieurs et de porter un jugement objectif sur les questions dont il est saisi. [Références omises; par. 25.]

(Voir aussi *S. (R.D.)*, par. 38-39, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.)

[60] Les *Principes de déontologie judiciaire* servent de guide aux juges nommés par le gouvernement fédéral. Selon ces principes, bien que les juges doivent manifestement faire preuve de bon sens pour ce qui est de leur adhésion à un organisme, il ne leur est pas interdit de continuer de servir leur communauté à l'extérieur de leur fonction judiciaire :

> Les juges sont nommés pour servir la population. Nombre de personnes qui ont accédé à la magistrature avaient joué un rôle social actif et souhaitaient continuer de le faire. La société comme les juges tirent profit de telles activités, mais celles-ci comportent certains risques. Il importe donc d'étudier les limites que la charge de juge impose aux activités à caractère social.
>
> Les juges appliquent la loi au nom de la société; par conséquent, tout isolement excessif est peu propice à des décisions justes et judicieuses. M. le juge Gérald Fauteux exprime cette idée avec concision et éloquence dans *Le livre du magistrat* :
>
> > On ne peut, cependant, voir [. . .] une intention [. . .] d'établir le magistrat dans une tour d'ivoire, de l'obliger à rompre tout rapport avec les organisations qui sont au service de la société. On n'attend certes pas du juge qu'il vive en marge de la collectivité sociale dont il est une entité importante. Le bon fonctionnement même du pouvoir judiciaire s'y oppose et exige précisément une attitude contraire.
>
> Les contraintes précises auxquelles doit être assujettie la conduite des juges en ce qui a trait aux activités civiques et charitables suscitent la controverse tant au sein de la magistrature que dans la société. Cela n'a rien d'étonnant

balancing competing considerations. On one hand, there are the beneficial aspects, both for the community and the judiciary, of the judge being active in other forms of public service. This needs to be assessed in light of the expectations and circumstances of the particular community. On the other hand, the judge's involvement may, in some cases, jeopardize the perception of impartiality or lead to an undue number of recusals. If this is the case, the judge should . . . avoid the activity. [Citations omitted.]

(*Ethical Principles for Judges*, at p. 33)

[61] Membership in an association affiliated with the interests of a particular race, nationality, religion, or language is not, without more, a basis for concluding that a perception of bias can reasonably be said to arise. We expect a degree of mature judgment on the part of an informed public which recognizes that not everything a judge does or joins predetermines how he or she will judge a case. Canada has devoted a great deal of effort to creating a more diverse bench. That very diversity should not operate as a presumption that a judge's identity closes the judicial mind.

[62] In this case, the Court of Appeal found that the trial judge's involvement as a governor of the Fondation franco-albertaine was problematic. There is, however, little in the record about the organization. In particular, it is difficult to see how, based on the evidence, one could conclude that its vision "would clearly align" with certain positions taken by the Board in this case or that the trial judge's involvement in the organization foreclosed his ability to approach this case with an open mind. Standing alone, vague statements about the organization's mission and vision do not displace the presumption of impartiality. While I agree that consideration of the trial judge's current role as a governor of the organization was a valid part of the contextual bias inquiry in this case, I am not persuaded that his involvement with an organization whose functions are largely undefined on the evidence, can be said to rise to the level of a contributing factor such that the

puisqu'il s'agit d'équilibrer des intérêts opposés. D'une part, l'activité sociale des juges est avantageuse tant pour la société que pour la magistrature. Ces avantages doivent être appréciés en fonction des attentes et de la situation particulière de chaque communauté. D'autre part, le rôle actif des juges peut parfois compromettre leur image d'impartialité ou entraîner un nombre excessif de récusations. Si tel risque d'être le cas, le juge doit [. . .] s'abstenir d'exercer l'activité compromettante. [Références omises.]

(*Principes de déontologie judiciaire*, p. 33-34)

[61] L'appartenance à une association affiliée aux intérêts d'une race, d'une nationalité, d'une religion ou d'une langue en particulier ne peut servir de fondement, sans plus, pour conclure raisonnablement qu'il y a apparence de partialité. Nous nous attendons à ce qu'un public renseigné fasse preuve d'un jugement mature en reconnaissant que les actes et les adhésions du juge ne prédéterminent pas toujours comment il jugera une affaire. Le Canada a déployé beaucoup d'efforts pour se doter d'une magistrature plus diversifiée. Cette même diversité ne devrait pas faire office de présomption que l'identité du juge ferme l'esprit judiciaire.

[62] En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que l'implication du juge du procès comme gouverneur de la Fondation franco-albertaine posait problème. Toutefois, le dossier contient très peu de renseignements sur l'organisme. En particulier, il est difficile de voir comment, au vu de la preuve, on pourrait conclure que sa vision « pourrait très bien s'harmoniser » avec certaines positions mises de l'avant par la Commission dans la présente affaire ou que l'engagement du juge du procès au sein de l'organisme l'empêchait d'aborder l'affaire avec un esprit ouvert. À elles seules, les déclarations vagues concernant la mission et la vision de l'organisme ne réfutent pas la présomption d'impartialité. Même si je conviens que la prise en compte de la fonction de gouverneur de l'organisme exercée présentement par le juge du procès faisait partie à juste titre de l'analyse contextuelle de la partialité en l'espèce, je ne suis pas convaincue que son engagement au sein d'un organisme,

judge, as the Court of Appeal said, "should not have sat on [this case]" (at para. 200).

[63] This brings us to the two legal issues which were appealed to this Court and which the Court of Appeal did not send back for a new trial. The first is whether the Board can unilaterally decide whom to admit to the French school.

[64] The admission criteria to the French school in the Yukon are set out in the *French Language Instruction Regulation*, Y.O.I.C. 1996/99. The *Regulation* states that only "eligible students" are entitled to receive French-language instruction at a school in the Yukon: s. 9. "[E]ligible student" is defined in the *Regulation* to mean:

> . . . a student whose parent or parents are citizens of Canada who have the right under section 23 of the Charter to have their children educated in the French language and include those students whose parents or siblings would have the right under section 23 if they were citizens of Canada or if the instruction referred to in section 23 was not limited to Canada; [s. 2]

[65] Notwithstanding the *Regulation*, from the time of the Board's creation in 1996 until the trial, the Board had decided which students could be admitted to its school, whether or not they were the children of s. 23 rights holders. On the first day of the trial, however, the Yukon sent a letter to the Board's president notifying him of its intention henceforth to enforce the *Regulation*:

> [TRANSLATION] . . . [the] *Regulation* specifies the eligibility requirements for students in Education Area #23. The *Regulation* also states that residents must file a declaration with the Yukon Francophone School Board so the Minister of Education can make the final determination on the eligibility of a citizen to be a resident of Education Area #23. . . .

dont les attributions sont en grande partie indéfinies d'après la preuve, puisse s'élever au rang de facteur contributif à un point tel que le juge, pour reprendre les propos de la Cour d'appel, « n'aurait pas dû instruire l'affaire » (par. 200).

[63] Cela nous amène aux deux questions de droit qui ont fait l'objet du pourvoi devant notre Cour et que la Cour d'appel n'a pas renvoyées pour nouvelle instruction. Premièrement, la Commission est-elle habilitée à décider unilatéralement qui peut être admis à l'école de langue française?

[64] Les critères d'admission à l'école de langue française au Yukon sont établis dans le *Règlement sur l'instruction en français*, Y.D. 1996/99. Le *Règlement* dispose que seuls les « élève[s] admissible[s] » ont le droit de recevoir une instruction en français dans une école au Yukon : art. 9. Le terme « élève admissible » est défini comme suit dans le *Règlement* :

> Élève dont un parent, étant citoyen du Canada, a le droit de faire instruire ses enfants en français en vertu de l'article 23 de la Charte. Sont compris les élèves dont les parents, les frères ou les sœurs auraient ce droit s'il[s] étaient citoyens canadiens ou si l'instruction visée à l'article 23 ne se bornait pas au Canada; [art. 2]

[65] Nonobstant le *Règlement*, depuis la création de la Commission en 1996 jusqu'au procès, la Commission décidait quels élèves pouvaient être admis à son école, qu'ils soient ou non les enfants de titulaires des droits prévus à l'art. 23. La première journée du procès, toutefois, le Yukon a envoyé une lettre au président de la Commission pour l'aviser de son intention d'appliquer désormais le *Règlement* :

> . . . [le] *Règlement* prévoit les conditions d'admissibilité des élèves du district scolaire 23. De plus, le *Règlement* précise que les résidents doivent déposer une déclaration auprès de la Commission scolaire francophone du Yukon de sorte que le ministre de l'Éducation peut trancher quant à l'admissibilité d'un citoyen à être résident du district scolaire 23. . .

This is an important step . . . . That is why I am asking you to ensure that the Department of Education receives . . . the declarations filed with the Board for all students registered at École Émilie-Tremblay.

[66] The issue, therefore, is whether s. 23 grants the Board the unilateral power to admit students other than those who are "eligible" according to the *Regulation*. This raises questions about the allocation of constitutional powers.

[67] Section 23 of the *Charter* establishes the general framework for the minority language educational rights of Canadian citizens: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; see also *Quebec (Education, Recreation and Sports) v. Nguyen*, [2009] 3 S.C.R. 208, at para. 23; *Attorney General of Quebec v. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 S.C.R. 66, at p. 82; and *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, at paras. 5-10. Where numbers warrant, ss. 23(1) and 23(2) give certain Canadian citizens the right to have their children receive education in a province or territory's minority language at the government's expense.[1]

[68] That said, this Court recently reaffirmed that while "the *Charter* reflects the importance of language rights, it also reflects the importance of respect for the constitutional powers of the provinces": *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v. British Columbia*, [2013] 2 S.C.R. 774, at para. 56. Pursuant to s. 93 of the *Constitution Act, 1867*, provincial legislatures have authority to make laws in

[1] Section 59 of the *Constitution Act, 1982* provides that s. 23(1)(*a*) does not apply in Quebec. It may come into force only with the authorization of the legislative assembly or government of Quebec. Such authorization has not yet been given.

Il s'agit là d'une étape importante [. . .] C'est donc pourquoi je vous demande de veiller à ce que le ministère de l'Éducation reçoive [. . .] les déclarations déposées auprès de la Commission pour tous les élèves inscrits à l'École Émilie-Tremblay.

[66] Il s'agit donc de savoir si l'art. 23 confère à la Commission le pouvoir unilatéral d'admettre d'autres élèves que ceux « admissibles » au sens du *Règlement*. Cela soulève des questions concernant le partage des pouvoirs constitutionnels.

[67] L'article 23 de la *Charte* établit le cadre général des droits des citoyens canadiens à l'instruction dans la langue de la minorité : *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; voir aussi *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c. Nguyen*, [2009] 3 R.C.S. 208, par. 23; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, p. 82; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, par. 5-10. Lorsque le nombre le justifie, les par. 23(1) et (2) confèrent à certains citoyens canadiens le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité de leur province ou territoire aux frais du gouvernement[1].

[68] Cela dit, notre Cour a récemment confirmé que, même si « elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » : *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, par. 56. Selon l'art. 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les législatures

[1] L'article 59 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que l'al. 23(1)*a*) ne s'applique pas au Québec. Il ne peut entrer en vigueur qu'avec l'autorisation de l'assemblée législative ou du gouvernement du Québec. Cette autorisation n'a pas encore été accordée.

relation to education.[2] Federalism remains a notable feature in matters of minority language rights. As this Court stated in *Solski*, a case upholding Quebec legislation requiring a student to have received the "major part" of his or her education in English in order to qualify for access to publicly funded English-language schools:

> As education falls within the purview of provincial power, each province has a legitimate interest in the provision and regulation of minority language education . . . .
>
> . . .
>
> . . . The latitude given to the provincial government in drafting legislation regarding education must be broad enough to ensure the protection of the French language while satisfying the purposes of s. 23. As noted by Lamer C.J. in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, at p. 851, "different interpretative approaches may well have to be taken in different jurisdictions, sensitive to the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province". [Citation omitted; paras. 10 and 34.]

[69] There is no doubt that a province or territory can delegate the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to a school board. This delegation can include granting a minority language school board wide discretion to admit the children of non-rights holders.

provinciales ont le pouvoir de décréter des lois relatives à l'éducation[2]. Le fédéralisme demeure une caractéristique notable en matière de droits des minorités linguistiques. Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Solski*, qui confirmait une loi du Québec exigeant qu'un élève ait reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais pour pouvoir fréquenter une école de langue anglaise financée à même les fonds publics :

> Étant donné que l'éducation est un chef de compétence provinciale, chacune des provinces a un intérêt légitime dans la prestation et la réglementation de services d'enseignement dans la langue de la minorité . . .
>
> . . .
>
> . . . Le gouvernement provincial appelé à légiférer en matière d'éducation doit disposer de la latitude suffisante pour assurer la protection de la langue française tout en respectant les objectifs de l'art. 23. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851, « il peut bien être nécessaire d'adopter des méthodes d'interprétation différentes dans divers ressorts qui tiennent compte de la dynamique linguistique particulière à chaque province ». [Référence omise; par. 10 et 34.]

[69] Il ne fait aucun doute qu'une province ou un territoire puisse déléguer à une commission scolaire la fonction de fixer les critères d'admission à l'égard des enfants de non-ayants droit. Par cette délégation, on peut conférer à une commission scolaire de la minorité linguistique un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit.

---

[2] Section 93 applies directly to Ontario, Nova Scotia, New Brunswick, British Columbia and Prince Edward Island. Section 93 also applies to Quebec, but not ss. 93(1) to 93(4): *Constitution Amendment, 1997 (Quebec)*, SI/97-141, s. 1; s. 93A of the *Constitution Act, 1867*. Modified versions of s. 93 apply in the other provinces and the territories: *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, s. 22; *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, s. 17; *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, s. 17; *Constitution Amendment, 1998 (Newfoundland Act)*, SI/98-25, s. 1(2); *Northwest Territories Act*, S.C. 2014, c. 2 [as en. by the *Northwest Territories Devolution Act*], s. 18(1)(*o*); *Yukon Act*, S.C. 2002, c. 7, s. 18(1)(*o*); *Nunavut Act*, S.C. 1993, c. 28, s. 23(1)(*m*).

[2] L'article 93 s'applique directement à l'Ontario, à la Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, à la Colombie-Britannique et à l'Île-du-Prince-Édouard. L'article 93 s'applique également au Québec, mais pas les par. 93(1) à 93(4) : *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141, art. 1; art. 93A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les versions modifiées de l'art. 93 s'appliquent dans les autres provinces et les territoires : *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, art. 22; *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, c. 42, art. 17; *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, c. 3, art. 17; *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25, par. 1(2); *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, L.C. 2014, c. 2 [éd. par la *Loi sur le transfert de responsabilités aux Territoires du Nord-Ouest*], al. 18(1)*o*); *Loi sur le Yukon*, L.C. 2002, c. 7, al. 18(1)*o*); *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28, al. 23(1)*m*).

[70] There is also no doubt that a province or territory may pass legislation which offers protections higher than those protected by the *Charter*. Section 23 establishes a constitutional minimum: *Mahe*, at p. 379. Two important corollaries flow from this. First, because the *Charter* sets out minimum standards with which legislation must comply, any legislation which falls below these standards contravenes the *Charter* and is presumptively unconstitutional. Second, because the *Charter* sets out only *minimum* standards, it does not preclude legislation from going beyond the basic rights recognized in the *Charter* to offer additional protections. This fact was recognized by Dickson C.J. in *Mahe*, where he explained that s. 23 establishes "a minimum level of management and control in a given situation; it does not set a ceiling": p. 379. Provincial and territorial governments are permitted to "give minority groups a greater degree of management and control" than that set out in the provision: p. 379.

[71] Some provinces have accepted this invitation and granted school boards wide discretion to admit the children of non-rights holders. In Ontario, for example, s. 293 of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, provides in part that a French-language school board may admit the child of a non-rights holder if the admission is approved by a majority vote of an admissions committee. In Manitoba, s. 21.15(5) of the *Public Schools Act*, R.S.M. 1987, c. P250, allows the francophone school board to admit any other child beyond those entitled to admission under the act upon written request for admission to the board.

[72] Other provinces have given minority language school boards generous authority over admissions, but imposed specific limitations on the exercise of the power. In Prince Edward Island, for example, the French-language school board may admit children whose parents are not s. 23 rights holders, but any such child must first be released by the English-language board: *French First Language Instruction Regulations*, P.E.I. Reg. EC480/98, s. 10. A similar

[70] Il ne fait également aucun doute qu'une province ou un territoire puisse adopter une loi qui offre de plus grandes protections que celles garanties par la *Charte*. L'article 23 prévoit un minimum constitutionnel : *Mahe*, p. 379. Deux importants corollaires en découlent. Premièrement, comme la *Charte* énonce les normes minimales auxquelles la loi doit se conformer, toute loi qui ne respecte pas ces normes contrevient à la *Charte* et est présumée inconstitutionnelle. Deuxièmement, comme la *Charte* énonce uniquement les normes *minimales*, elle n'empêche pas la loi d'aller au-delà des droits élémentaires reconnus dans la *Charte* et d'offrir d'autres protections. Ce fait a été reconnu par le juge en chef Dickson dans *Mahe*, où il a expliqué que l'art. 23 établit « un niveau minimum de gestion et de contrôle dans une situation donnée; il ne fixe pas un maximum » : p. 379. Les gouvernements provinciaux et territoriaux sont autorisés à « accorder à des groupes minoritaires un degré de gestion et de contrôle plus élevé » que celui prévu dans la disposition : p. 379.

[71] Certaines provinces ont accepté cette invitation et conféré aux commissions scolaires un large pouvoir discrétionnaire pour admettre les enfants de non-ayants droit. En Ontario, par exemple, l'art. 293 de la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, c. E.2, dispose notamment qu'un conseil scolaire de langue française peut admettre l'enfant d'une personne non titulaire des droits garantis par l'art. 23 si l'admission est approuvée à la majorité des voix par les membres du comité d'admission. Au Manitoba, le par. 21.15(5) de la *Loi sur les écoles publiques*, L.R.M. 1987, c. P250, autorise la commission scolaire de langue française à admettre tout autre enfant que ceux ayant droit à l'admission en vertu de la loi sur présentation d'une demande écrite d'admission à la commission.

[72] D'autres provinces ont conféré à des commissions scolaires de la minorité linguistique un vaste pouvoir sur les admissions, mais ont imposé des limites précises à l'exercice de ce pouvoir. À l'Île-du-Prince-Édouard, par exemple, la commission scolaire de langue française peut admettre des enfants dont les parents ne sont pas titulaires des droits reconnus à l'art. 23, mais ces enfants doivent d'abord être exemptés par la commission de langue anglaise :

regime exists in Saskatchewan: *The Education Act, 1995*, S.S. 1995, c. E-0.2, s. 144.

[73] Still other provinces have given limited authority to minority language school boards to admit the children of non-rights holders. In British Columbia, the French-language school board has the discretion to admit the child of an immigrant who, if the parent were a Canadian citizen, would be a s. 23 rights holder: *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, s. 166.24.

[74] In this case, however, the Yukon has not delegated the function of setting admission criteria for children of non-rights holders to the Board. In the absence of any such delegation, there is no authority for the Board to unilaterally set admission criteria which are different from what is set out in the *Regulation*. This does not preclude the Board from claiming that the Yukon has insufficiently ensured compliance with s. 23, and nothing stops the Board from arguing that the Yukon's approach to admissions prevents the realization of s. 23's purpose: see *Mahe*, at pp. 362-65. But that is a different issue from whether the Board has, in the absence of delegation from the Yukon, the unilateral right to decide to admit children other than those who are covered by s. 23 or the *Regulation*.

[75] This bring us to the second issue decided by the Court of Appeal, namely, whether the Yukon is required, by virtue of s. 6(1) of the *Languages Act*, to communicate with and provide services to the Board and its employees in French. Section 6(1) provides:

6(1) Any member of the public in the Yukon has the right to communicate with, and to receive available services from, any head or central office of an institution of the Legislative Assembly or of the Government of the Yukon in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution if

French First Language Instruction Regulations, P.E.I. Reg. EC480/98, art. 10. Un régime similaire existe en Saskatchewan : *Loi de 1995 sur l'éducation*, L.S. 1995, c. E-0.2, art. 144.

[73] En revanche, d'autres provinces ont conféré aux commissions scolaires de la minorité linguistique un pouvoir limité d'admission des enfants de non-ayants droit. En Colombie-Britannique, le conseil scolaire francophone a le pouvoir discrétionnaire d'admettre l'enfant d'un immigrant qui, s'il était citoyen canadien, détiendrait les droits garantis par l'art. 23 : *School Act*, R.S.B.C. 1996, c. 412, art. 166.24.

[74] En l'espèce, toutefois, le Yukon n'a pas délégué à la Commission la fonction de fixer les critères d'admission des enfants de non-ayants droit. À défaut d'une telle délégation, la Commission n'a pas le pouvoir de fixer unilatéralement des critères d'admission différents de ceux établis dans le *Règlement*. La Commission n'est pas pour autant empêchée de faire valoir que le Yukon n'a pas assuré suffisamment le respect de l'art. 23 et rien ne l'empêche de soutenir que l'approche adoptée par le Yukon à l'égard des admissions fait obstacle à la réalisation de l'objet de l'art. 23 : voir *Mahe*, p. 362-365. Mais il s'agit là d'une autre question que celle de savoir si la Commission a, en l'absence d'une délégation de la part du Yukon, le droit unilatéral de décider d'admettre d'autres enfants que ceux visés par l'art. 23 ou le *Règlement*.

[75] Cela nous amène à la deuxième question tranchée par la Cour d'appel, à savoir si le Yukon est tenu, par application du par. 6(1) de la *Loi sur les langues*, de communiquer avec la Commission et ses employés en français et de leur fournir des services dans cette langue. Le paragraphe 6(1) dispose :

6(1) Le public a, au Yukon, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou l'administration centrale des institutions de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Yukon ou pour en recevoir les services. Il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas :

(a) there is a significant demand for communications with and services from that office in both English and French; or

(b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be in both English and French.

a) l'emploi du français et de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;

b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

[76] The Court of Appeal decided that this case was not a suitable vehicle for the determination of rights under s. 6 of the *Languages Act*. In my respectful view, it is unclear to me why this should be so. The Board's *Languages Act* claims raise significant factual issues that may well lead to a finding that parts of the claims were justified. Whether a particular communication is covered by s. 6(1) may depend both on the nature of the communication and the capacity in which it is communicated. As the Court of Appeal observed, it is unlikely that the question has a simple answer given that the Board and its personnel engage in various types of communications with the government. This argues, it seems to me, for a determination at the new trial with the benefit of a full evidentiary record, not for a dismissal of the claims.

[76] La Cour d'appel a décidé que la présente affaire ne se prêtait pas à la définition des droits conférés par l'art. 6 de la *Loi sur les langues*. À mon humble avis, je ne vois pas très bien pourquoi il devrait en être ainsi. Les demandes de la Commission fondées sur la *Loi sur les langues* soulèvent des questions de fait importantes qui pourraient fort bien mener à la conclusion que des parties des demandes étaient justifiées. La réponse à la question de savoir si une communication en particulier relève du par. 6(1) peut dépendre tant de la nature de la communication que de la qualité de son auteur. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, il est peu probable que la question ait une réponse simple étant donné que la Commission et son personnel se livrent à différents types de communications avec le gouvernement. Il convient donc, à mon sens, de statuer sur les demandes lors du nouveau procès à la lumière d'un dossier de preuve complet, et non de rejeter les demandes.

[77] The appeal from the Court of Appeal's conclusion that there was a reasonable apprehension of bias requiring a new trial is accordingly dismissed, but the *Languages Act* claims are to be joined with the other issues remitted by the Court of Appeal for determination at the new trial.

[77] L'appel interjeté à l'encontre de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il existe une crainte raisonnable de partialité nécessitant la tenue d'un nouveau procès est donc rejeté, mais les demandes fondées sur la *Loi sur les langues* doivent être jointes aux autres questions renvoyées à la Cour d'appel pour décision à l'issue d'un nouveau procès.

[78] In the circumstances, I would make no order for costs.

[78] Dans les circonstances, je suis d'avis de n'adjuger aucuns dépens.

Appeal largely dismissed.

Pourvoi rejeté en grande partie.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Regina.

Procureurs de l'appelante : Miller Thomson, Regina.

Solicitors for the respondent: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Attorney General of the Yukon Territory, Whitehorse.

Procureurs de l'intimée : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa; Procureure générale du Territoire du Yukon, Whitehorse.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Gatineau.

Solicitors for the interveners Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique and Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique: Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Fédération des parents francophones de l'Alberta: Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Solicitors for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada: Power Law, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles du Canada, Gatineau.

Procureurs des intervenants le Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique et la Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique : Gall, Legge, Grant & Munroe, Vancouver; Juristes Power, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des parents francophones de l'Alberta : Nicolas M. Rouleau, Toronto; WeirFoulds, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada : Juristes Power, Vancouver.

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